



tirant
monografías
664

El policía infiltrado

Los presupuestos jurídicos
en el proceso penal español

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

EL POLICÍA INFILTRADO
LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS EN EL PROCESO
PENAL ESPAÑOL

EL POLICÍA INFILTRADO
LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS EN
EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

ROCÍO ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS

Doctora en Derecho

Área de Derecho Procesal

Universidad Carlos III de Madrid

tirant lo blanc

Valencia, 2010

Copyright © 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

*A mis padres,
por enseñarme la lección más importante: vivir*

© ROCÍO ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-1322-2010
I.S.B.N.: 978-84-9876-514-4
IMPRIME Y MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa.htm nuestro Procedimiento de quejas.

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	21

CAPÍTULO I DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO Y DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES

I. PANORAMA GENERAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	33
II. CONTEXTOS HISTÓRICOS DE LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO	46
III. CONTEXTOS ACTUALES DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL	57
IV. DESCRIPCIÓN DE LA FIGURA. RASGOS FUNDAMENTALES	62
1. Delimitación de la actividad de la infiltración como recurso para la investigación del delito	62
2. Rasgos característicos de la infiltración policial	67
A) Identidad supuesta	69
B) Secreto-engaño	72
C) Marco de actuación del agente encubierto	76
D) Necesidad de que el agente encubierto sea policía	78
V. FUNDAMENTO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ESTADO DE DERECHO	81
VI. FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO	93
VII. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES	98
1. Agente provocador	100
A) Concepto y características del agente provocador	102
B) Similitudes y diferencias entre agente provocador y agente encubierto	109
2. El arrepentido	113
A) Concepto y características del arrepentido	115
B) Similitudes y diferencias entre el arrepentido y el agente encubierto	125
3. El confidente	128
A) Concepto y características del confidente	130

B) Similitudes y diferencias entre el confidente y el agente encubierto.....	135
4. El denunciante anónimo.....	137
A) Concepto del denunciante anónimo y diferencias con el agente encubierto.....	138
5. Los servicios de inteligencia.....	142
A) Concepto y características de los agentes del servicio de inteligencia.....	142
B) Diferencias entre los agentes del Servicio nacional de inteligencia y el agente encubierto.....	145

CAPÍTULO II

EL AGENTE ENCUBIERTO Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL.....	149
II. GARANTÍAS AFECTADAS EN LA INVESTIGACIÓN ENCUBIERTA.....	156
1. Los derechos fundamentales.....	163
A) El derecho a la intimidad.....	167
A.1. El derecho a la intimidad en la infiltración policial.....	178
B) El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.....	186
B.1. El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la infiltración policial.....	190
B.2. Las entradas por invitación.....	194
C) El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.....	199
C.1. El derecho de las comunicaciones en la infiltración policial.....	203
D) El derecho fundamental de defensa.....	205
D.1. El derecho de defensa en la infiltración policial: diálogo similar a un interrogatorio.....	209

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO (I)

I. LOS PRESUPUESTOS DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL.....	219
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO.....	220
III. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL.....	232

1. Sujeto activo de la infiltración policial.....	232
A) Los agentes de policía como únicos sujetos activos de la infiltración policial.....	234
A.1. La policía judicial: la función genérica y específica.....	235
A.2. La policía judicial específica.....	240
A.2.1. Policía autonómica.....	240
A.2.2. Unidades especializadas de la policía judicial específica.....	242
1. Unidad de Droga y Crimen Organizado (UdyCO).....	242
2. Unidad de delincuencia especializada y violenta (UDEV).....	243
3. Brigada de información tecnológica (BIT).....	244
A.3. La policía judicial genérica.....	244
A.3.1. La policía local.....	245
A.3.2. El Servicio de vigilancia aduanera.....	246
A.4. ¿Quién puede actuar como agente encubierto?.....	248
B) Organismos internacionales en la lucha contra el crimen organizado.....	251
B.1. Europol.....	252
B.2. Interpol.....	254
B.3. Equipos conjuntos de investigación.....	257
C) Coordinación y cooperación entre los Cuerpos de Seguridad.....	262
D) Formación del agente encubierto.....	267
E) Agentes dobles. Corrupción del agente encubierto.....	271
2. Sujeto pasivo de la Infiltración policial.....	276
A) Concepto normativo de la organización criminal.....	279
A.1. El concepto de organización criminal en el derecho español.....	279
A.2. El concepto de organización criminal en el derecho comparado.....	285
A.3. El concepto de organización criminal en el plano internacional.....	288
B) Características básicas de la organización criminal.....	294
B.1. Asociación de personas.....	299
B.2. Disposición de medios materiales y personales: sofisticación.....	300
B.3. Empleo de la violencia.....	303
B.4. Influencia negativa sobre el sistema.....	304
B.5. Estructura de la organización.....	306
B.6. Características de los miembros de la organización.....	308
B.7. Código de conducta.....	310
B.8. Apariencia de legalidad.....	310

B.9. Gravedad de la conducta delictiva	311
B.10. Internacionalización o transnacionalización.....	313
C) La organización criminal a los efectos de la infiltración policial	314

CAPÍTULO IV PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO (II)

I. INTRODUCCIÓN.....	321
II. REQUISITOS DE PROCEDIMIENTO	322
1. Órganos habilitados para autorizar la infiltración policial	322
A) Órgano Judicial.....	325
B) El Ministerio Fiscal	331
2. Adopción de la infiltración policial.....	337
A) Autorización general para la infiltración policial	338
A.1. Resolución administrativa por la que se otorga la identidad supuesta	343
B) Autorización para actuaciones concretas	347
3. El control de la medida.....	349
4. Duración de la infiltración policial	355
A) Duración de la infiltración policial y secreto de sumario	357
B) Prórroga de la infiltración policial	361
C) Extinción de la infiltración.....	363
V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA INFILTRACIÓN POLICIAL.....	366
1. Aplicación del principio de proporcionalidad en la infiltración policial	369
A) Presupuestos del principio de proporcionalidad	372
A.1. Presupuesto formal: el principio de legalidad	373
A.2. Presupuesto material: El principio de justificación teleológica.....	376
B) Requisitos del principio de proporcionalidad	378
B.1. Idoneidad.....	380
B.2. Necesidad	382
B.3. Proporcionalidad en sentido estricto.....	384
B.4. Requisitos Extrínsecos	386
A. Motivación	387
2. Juicio de proporcionalidad en la actuación del agente encu- bierto	390

CAPÍTULO V EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 282.BIS 5 LECRIM

I. INTRODUCCIÓN.....	395
II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CAUSA DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD: CAUSA GENERAL O ESPECIAL	397
III. LAS ACTUACIONES DEL AGENTE ENCUBIERTO BAJO EL AMPARO DEL ART. 282.BIS 5 LECRIM.....	404
1. Las denominadas pruebas de castidad.....	409
2. La infiltración realizada por los agentes del CNI	413
IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AGENTE ENCUBIERTO	418
1. Responsabilidad disciplinaria.....	418
2. Responsabilidad civil	419
A) Responsabilidad civil derivada del ilícito penal.....	420
b) Responsabilidad civil derivada de los actos realizados bajo la identidad supuesta	421
V. EL PROCESO PENAL PARA DEPURAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO.....	424
BIBLIOGRAFÍA	429

PRÓLOGO

El proceso penal solamente puede entenderse y justificarse desde una perspectiva garantista, lo que significa que el ejercicio, a través de él, del “ius puniendi” del Estado debe obedecer al estricto respeto de los derechos fundamentales de las personas acusadas que no pueden ser limitados sino en los casos señalados por las leyes y siempre por decisión o con control judicial. Por lo tanto, cuando el Estado ejerce su derecho a castigar a quienes han cometido un delito debe hacerlo, como se ha repetido sobradamente, “jugando limpio”, con el adecuado respeto de los derechos de los acusados, pues sólo si actúa de esta manera el resultado, absolutorio pero especialmente el condenatorio, del proceso penal queda justificado y, más importante, legitimado.

Frente a una clara evolución, apreciada en los dos últimos siglos, que ha marcado la construcción de un derecho procesal penal (y de un derecho penal) basado en las garantías por y para los ciudadanos (siempre será mucho más terrible condenar a un inocente que absolver a un “culpable”), en los últimos años se asiste a movimientos que ponen de manifiesto que ese hermoso historial se ve en retroceso. No es este el lugar para exponer con detalle las causas de esta involución que ha hecho resurgir el indeseable concepto de derecho penal del enemigo y, en íntima conexión, del derecho procesal penal del enemigo. Pero a nadie se le escapan algunos hechos notorios de gran influencia en esta alarmante situación, como la generalización de un “efecto alarma” provocado por acontecimientos ciertamente indeseables y horribles (atentados terroristas del 11-S en Nueva York, 11-M, en Madrid, 7-J en Londres, o los de Bali, Egipto, o Bombay, por recordar algunos de los de mayor impacto). Como respuesta, se han empezado a producir otras situaciones que deben ser igualmente calificadas de indeseables, que deben ser rechazadas y repudiadas con total vigor y convicción, por cuanto suponen la negación pura de derechos fundamentales y la instauración de un derecho penal excepcional, que deroga los principios del derecho penal liberal, del Estado de Derecho, que desconoce los derechos fundamentales y garantías consagrados en textos internacionales y constituciones, acompañado de derecho procesal penal igualmente excepcional.

Pero también se detecta que la construcción de espacios supranacionales de justicia penal, como sucede en la Unión Europea, se está haciendo sobre la base de minar y recortar algunas de las principales garantías del enjuiciamiento penal, sin apenas reflexionar sobre ello. Y bajo esto subyace, entiendo, la idea de que el proceso penal puede ser convertido en un eficaz instrumento de lucha contra el crimen cuando no es esa su función en modo alguno. Las diversas libertades conquistadas por evolución del inicial espacio económico común (libertades de circulación de capitales, personas, trabajadores, etc.) han terminado, en el devenir hacia un espacio común ya no sólo económico sino también caso político, por propiciar la creación de un espacio judicial común civil y mercantil amparado en el primer pilar de la Unión Europea. Este fenómeno ha sido tardío pero se viene impulsado con fuerza. Pero las libertades consolidadas y la eliminación de las fronteras internas también han generado, objetivamente, un marco en el que puede circular con más “libertad” el delito y los delincuentes. Y de ahí que se pueda afirmar que hay resquicios abiertos, lugar, para delinquir, no sólo al modo “tradicional” sino también sobre la base del incremento de la delincuencia organizada interna y transfronteriza, y del incremento de determinadas formas de criminalidad que son especialmente preocupantes: terrorismo, tráfico de mujeres, tráfico de niños, pederastia, tráfico de armas, piratería, etc., (y sin entrar en las modalidades de comisión a través de Internet o de los nuevos tipos delictivos asociados a ella). Y, una vez más al socaire del mercado y de lo económico (de lo que es buena muestra el llamado “Corpus Iuris penal” del año 2000 ideado para la protección de los intereses presupuestarios y financieros de la UE), la Unión Europea puso manos a la obra para la construcción de un espacio judicial penal, de cooperación penal policial y judicial, bien desde el primer pilar o desde el tercer pilar (sentencia de 13 de septiembre del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) que muestra preocupantes signos en lo que se refiere a la preservación de determinadas garantías del proceso penal, como ha expresado una parte importante de la doctrina en relación, por ejemplo, con la llamada “euroorden”.

Pero es innegable que las sociedades modernas están preocupadas en general por el fenómeno de la llamada criminalidad organizada, una criminalidad cualitativamente nueva, que implica tanto un aumento cuantitativo de los peligros que afectan a la paz social conocidos hasta la fecha, pero también un nivel nuevo, cualitativo,

de peligro desconocido hasta ahora. En el contexto descrito más arriba, la principal respuesta que se ofrece pasa por endurecer los instrumentos jurídicos de lucha (prevención y represión) contra esta clase de delincuencia (proceso que salpica, además, a otras clases de delincuencia y de delincuentes). Para ello, se crean nuevos tipos penales, se elevan los marcos punitivos, y se propugna una aplicación dura de los mismos, se anticipa la intervención del derecho penal a ámbito anteriores a la comisión de hechos penales (delitos de apología del genocidio, por ejemplo), y, en lo que se refiere al proceso penal, la instauración de reformas que tienen por objeto servir de eficaz instrumento de aplicación a lo anterior, volviéndolo adecuado a esa función y limitando derechos tan esenciales y fundamentales como la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros.

Se ha afirmado que lo anterior es necesario a la vista de la insuficiencia o la incapacidad del derecho penal y derecho procesal penal tradicionales (y garantistas) para responder a los peligros y los daños de la delincuencia o crimen organizado, lo que obliga a poner en marcha diferentes y “nuevos” mecanismos de prevención y represión. Es una afirmación discutible, cuanto menos porque es un caldo de cultivo en el que crece maravillosamente la venta de la necesidad de primar la seguridad y, por ello, de propiciar una marcha atrás en las conquistas de las garantías penales y procesales penales, porque, se afirma, que la lucha jurídica eficaz y eficiente contra la criminalidad organizada sólo es posible con la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, con el correspondiente incremento de los poderes estatales de intervención sobre dichos derechos y la disminución de los mecanismos de control de estos poderes. Y aquí surge la gran falacia pues es obvio que el Estado de Derecho no puede defenderse, ni defender a sus ciudadanos, mediante el perverso camino de colocarse a sí mismo fuera de sus propios postulados.

Pero tampoco se puede negar, y de ahí lo difícil de tratar este tema y de encontrar soluciones válidas, que el Estado tiene la obligación de proteger con eficacia a los ciudadanos, a la sociedad y, aunque sea en última instancia, a sí mismo, siempre en defensa y preservación de los valores democráticos. Como se dijo antes, las manifestaciones más graves de la criminalidad organizada como la del tráfico de drogas, terrorismo (siempre, pero sobre todo cuando las víctimas son múltiples y afectadas de forma indiscriminada), tráfico de personas,

explotación sexual, no sólo suponen un ataque directo y grave sobre personas concretas (las víctimas de tales delitos, que muchas veces forman parte de un colectivo ya especialmente desprotegido, vulnerable, discriminado o maltratado), sino que suponen una forma más grave de agresión a toda la sociedad en su conjunto. A la vez, los medios económicos, humanos, técnicos, de que disponen estas organizaciones criminales es tal que les permite, a veces, poder llegar a “infiltrarse” en las instituciones estatales, propiciando su corrupción o debilitando su capacidad de prevención, sanción o eliminación de la criminalidad organizada. Estos problemas no van a dejar de existir por el hecho de que se quieran ignorar o minimizar.

Se puede concluir que es un peligro cierto el que deriva de algunos casos en los que las organizaciones criminales pueden desarrollar actividades delictivas que, cualitativa y cuantitativamente, suponen ataques más agresivos contra la paz social, contra la integridad física y moral de los ciudadanos, incluso contra la propia organización del Estado encargado de protegerlas. En el marco de estos mayores niveles de agresión, exclusivamente en esos niveles, y conforme al principio de proporcionalidad, puede ser lógico que se articulen medios de defensa que sean más adecuados para responder a esos niveles de agresión y que sirvan a la protección de los ciudadanos, de la sociedad y del propio Estado. Sería básicamente adaptar los medios de investigación del proceso penal a estos concretos delitos, y, excepcionalmente, regular nuevos medios de investigación. Precisamente en este punto es donde aparece, como uno de esos medios nuevos de investigación criminal, el agente encubierto o la llamada infiltración policial.

La fase de investigación del proceso penal se dirige a lograr esclarecer las circunstancias de comisión de un hecho delictivo y averiguar la persona de su autor o autores, mediante la obtención de información sobre estos extremos, información que una vez analizada y depurada puede convertirse en fuentes de prueba que serán las únicas que podrán aportarse en el juicio oral y que tras pasar por los filtros de los derechos de defensa y contradicción oralidad y publicidad, pueden llegar a convertirse en pruebas de cargo que justifiquen el dictado de una sentencia de condena.

Cuando los crímenes a investigar se encuadran en el contexto que se ha descrito más arriba, no cabe duda de que la obtención de información puede llegar a ser especialmente dificultosa. No obstante, siempre hay que acudir en primer lugar al uso de los métodos

tradicionales o habituales de investigación criminal (inspección ocular, declaración de testigos, informes periciales, etc.), sólo cuando sea obvio que estos medios no son suficientes, cabe plantearse acudir a otras formas de investigación criminal que permitan superar algunas de esas dificultades, y entre ellas se encuentra la investigación encubierta, es decir el recurso a los agentes encubiertos o agentes infiltrados (pero también, por ejemplo, la entrega y circulación controladas de drogas y otras sustancias o materias). Pero en el bien entendido de que sólo puede hacerse en relación con determinados delitos, cometidos por organizaciones criminales de cierta entidad, que sean especialmente graves, y partiendo de la adecuada regulación por ley de estos medios, a utilizar por decisión (o excepcionalmente con control) judicial.

Hay que reconocer abiertamente que estos nuevos medios de investigación son, a su vez, por definición más agresivos con las garantías procesales que los “tradicionales”. En el caso de la infiltración policial una de las cuestiones claves es la que deriva del hecho de que se sustenta sobre la base del “engaño” a la persona investigada (a los integrantes de la organización criminal investigada), y que su utilización arriesga y compromete muy de cerca, y de forma simultánea a veces, derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones. A cambio, no sólo se puede obtener información sobre hechos delictivos concretos y sobre la persona de sus autores, sino también datos sobre el funcionamiento, estructura, composición y “modus operandi” de las organizaciones criminales.

Por ello, hay que rechazar de forma tajante y sin duda alguna la generalización o relajación del uso de medios de investigación como la infiltración policial. En todo caso se debe tener claro que no es posible establecer reglas procesales penales que resulten excepcionales a los postulados del Estado de Derecho (lo que nos situaría en el “derecho procesal penal del enemigo”), sino, todo lo más reglas que denominaríamos especiales dentro de los postulados del proceso penal ajustado a los principios democráticos y garantistas. No es, desde luego, insisto en ello, tarea fácil la armonizar la adecuada eficacia en la persecución de la criminalidad organizada y el adecuado respeto a los derechos fundamentales y las garantías procesales de las personas. Pero no se debe renunciar a intentarlo, lo mismo que no cabe resignarse a anteponer la primera sobre la segunda por ar-

gumentos de mera necesidad del mantenimiento o restablecimiento de la paz social.

Para resultar coherente con los postulados del Estado de Derecho el recurso a estos medios especiales o extraordinarios de investigación criminal, como la infiltración policial, exige que se concrete legalmente qué se entiende por organización criminal; cuándo una organización criminal tiene capacidad para afectar no sólo a las personas individualmente consideradas, sino a un conjunto indeterminado e indiscriminado de personas, o la propia sociedad (a la organización social), al Estado; qué delitos son graves hasta el punto de poder afectar a los sujetos descritos; establecer las reglas procesales necesarias con el detalle suficiente para propiciar el control judicial de la infiltración policial y para establecer cómo, cuándo, por cuánto tiempo, con qué valor, con qué límites, a qué derechos y de qué forma, puede decretarse u ordenarse una infiltración policial. Realmente, si se atiende a la regulación de las investigaciones encubiertas en los diversos países o en la Unión Europea, poco de lo dicho se encuentra. Y especialmente desoladora es la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

Todo trabajo de investigación que tenga por objeto analizar con detenimiento y profundidad la infiltración policial debe ser bienvenido. Y de ello trata la obra que prologo, dedicada a estudiar los presupuestos de la infiltración policial en el proceso penal español. Se trata de una monografía realizada con una extraordinaria seriedad y constancia, con rigor científico y con valentía, que arroja luz sobre un tema controvertido y difícil. El estudio no hace sino reflejar la valía investigadora de María del Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, dotada de una gran capacidad de trabajo y que ha tenido el valor de elegir dedicar sus muchas capacidades a la docencia y la investigación universitaria (también a la gestión), en estos momentos de “cambio radical” de la Universidad española, casi una reconversión en toda regla, que no estoy del todo seguro que esté siendo llevado a cabo de la mejor manera posible.

Vicente C. Guzmán Fluja
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

INTRODUCCIÓN

El proceso penal es el instrumento necesario para la aplicación del Derecho Penal sustantivo. Es por ello, que se predica la necesidad de que vayan en paralelo para lograr su plena eficacia. La regulación del proceso penal, se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y aunque fue uno de los códigos procesales penales más avanzados de Europa¹, hoy en día, aclama una reforma íntegra.

A lo largo de los años, la LECrim ha sufrido numerosas reformas parciales² tendentes a garantizar la agilidad de la respuesta del

¹ GIMENO SENDRA., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la Investigación Penal», en *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Madrid, 2005, pág. 29.

² Con carácter general la LECrim ha sido reformada por las siguientes leyes: *Leyes orgánicas*: 8/2006, de 4 de diciembre. [BOE 5-12-2006]; 1/2004, de 28 de diciembre. [BOE 29-12-2004]; 19/2003, de 23 de diciembre. BOE 26-12-2003; 15/2003, de 25 de noviembre. BOE 26-11-2003; 13/2003, de 24 de octubre. BOE 27-10-2003; 7/2003, de 30 de junio. BOE 01-07-2003; 5/2003, de 27 de mayo. BOE 28-05-2003; 1/2003, de 10 de marzo. BOE 11-03-2003; 9/2002, de 10 de diciembre. BOE 11-12-2002; 8/2002, de 24 de octubre. BOE 28-10-2002; 7/2002, de 5 de julio. BOE 06-07-2002; 14/1999, de 9 junio. BOE 10-06-1999; 5/1999, de 13 de enero. BOE 14-01-1999; 2/1998, de 15 de junio. BOE 16-06-1998; 10/1995, de 23 de noviembre. BOE 24-11-1995; 8/1995, de 16 de noviembre. BOE 17-11-1995; 5/1995, de 22 de mayo. BOE 23-05-1995; 16/1994, de 8 de noviembre. BOE 09-11-1994; 8/1992, de 23 de diciembre. BOE 24-12-1992; 12/1991, de 10 de julio. BOE 11-07-1991; 7/1988, de 28 de diciembre. BOE 30-12-1988; 4/1988, de 25 de mayo. BOE 26-05-1988; 2/1987, de 18 de mayo. BOE 20-05-1987; 10/1984, de 26 de diciembre. BOE 03-01-1985; 14/1983, de 12 de diciembre. BOE 28-12-1983. *Leyes*: 18/2006, de 5 de junio. BOE 06.06.2006; 27/2003, de 31 de julio. BOE 01-08-2003; 38/2002, de 24 de octubre. BOE 28-10-2002; 1/2000, de 7 de enero. BOE 08-01-2000; 36/1998, de 10 de noviembre. BOE 11-11-1998; 1/1996, de 10 de enero. BOE 12-01-1996; 22/1995, de 17 de julio. BOE 18-07-1995; 21/1994, de 6 de julio. BOE 07-07-1994; 10/1992, de 30 de abril. BOE 05-05-1992; 21/1988, de 19 de julio. BOE 20-07-1988; 6/1985, de 27 de marzo. BOE 30-03-1985; 6/1984, de 31 de marzo. BOE 03-04-1984; 4/1984, de 9 de marzo. BOE 13-03-1984; 16/1980, de 22 de abril. BOE 26-04-1980; 53/1978, de 4 de diciembre. BOE 08-12-1978; 33/1978, de 17 de julio. BOE 20-07-1978; 28/1978, de 26 de mayo. BOE 30-05-1978.

Estado a la criminalidad, así como, perfeccionar la acción investigadora acomodándose a las tendencias sociales de cada momento.

Todas estas reformas traen causa en los cambios sociales que la sociedad ha experimentado con el paso de los años. La Ley de 1882, se inspira en un modelo de sociedad que, afortunadamente ha ido evolucionando, abriendo sus fronteras a la libertad de circulación de personas, mercancías, capitales y servicios dando paso al fenómeno de la globalización. Pero esto ha conllevado también la aparición de nuevos y más violentos hechos delictivos que requieren que una respuesta eficaz del Derecho en general y muy especialmente del derecho penal, a través del endurecimiento de las penas³, y del derecho procesal penal a través de la incorporación de nuevos mecanismos de investigación que garanticen el éxito de la acción penal, por ejemplo mediante la intervención de un agente encubierto.

El proceso penal cuenta con dos fases fundamentales, la investigación del hecho delictivo —donde se desarrolla las operaciones encubiertas— caracterizada por ser preparatoria de la segunda fase: el juicio oral. La primera fase, es imprescindible en el proceso penal pues su finalidad es descubrir las circunstancias del hecho delictivo y la identidad de los autores⁴. De este modo, una vez cometido la acción típica y reprochable, en primer lugar se pone en marcha la investigación. Mediante esta fase se pretende, en palabras de MUÑOZ CONDE, reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron en realidad⁵. En este sentido, se puede pensar que el Estado, como acusador, parte de una posición de desventaja inicial con respecto a la persona del delincuente y a las circunstancias del hecho delictivo siendo así que el Estado debe utilizar todas las armas legítimas para luchar contra la delincuencia que cada vez es más poderosa.

Uno de los grandes retos de los Estados es la lucha contra el crimen organizado. Esta afirmación, parece ya un tópico pero el incesante crecimiento que ha experimentado la criminalidad organizada

³ Un ejemplo de ello, lo tenemos presente con la Ley Orgánica 7/2003, de 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

⁴ GUZMÁN FLUJA., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 18.

⁵ MUÑOZ CONDE., «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 1, 1999, pág. 68.

en los últimos años, es causa de una enorme preocupación de los dirigentes de los Estados y de las instituciones internacionales que ven perjudicada y atacada una paz social anhelada por todos. El crecimiento sufrido por esta forma grave de delincuencia que en un primer momento suponía sólo la modificación en la titularidad de la acción delictiva y en el *modus operandi* de los criminales en los últimos tiempos, se ha dirigido al logro de una gran sofisticación y profesionalización propia de las más avanzadas sociedades que, en gran medida, pueden resultar un grave perjuicio para la lucha contra este tipo de criminalidad que se constituye como una verdadera lacra para el desarrollo de las sociedades.

De este modo, esta criminalidad se presenta como el fruto de una evolución con respecto a la delincuencia ordinaria que se ha modificado no sólo en cuanto a la titularidad de la acción penal: de un solo individuo ha pasado al consorcio de personas organizadas para delinquir; sino en la cualificación y cuantificación profesional de estos grupos que se asocian para delinquir y que, cada vez, suponen un mayor perjuicio para la sociedad por ser entramados mucho más hermenéuticos, inflexibles, agresivos y violentos y sofisticados. Esta sofisticación y profesionalización significa la proclamación como expertos en técnicas delictuales —como la supresión de la prueba⁶—, en técnicas jurídicas o económicas —que le permiten eludir la acción de la justicia—, médicas, informáticas. En definitiva, se convierten en verdaderos especialistas que le permiten delinquir con mayor facilidad y seguridad. Además, otro de los factores que influye en el crecimiento de las redes criminales es el uso de las nuevas tecnologías que ha representado para los entramados organizativos, presuntamente criminales, la gran expansión de sus acciones delictivas. Así se les brinda más fácilmente la oportunidad de crear lazos de confraternización con otras organizaciones, que antes actuaban de forma aislada, que le permiten acaparar más actividades ilícitas, expandirse territorialmente y hacerse más fuerte ante las instituciones nacionales e internacionales. Estos avances tecnológicos servirán, de igual forma para que los miembros de las organizaciones criminales, eludan la acción de la justicia que mediante la creación

⁶ FASSONE., «La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, 1997.

de *identidades virtuales* que hacen imposible aprehender a los verdaderos culpables de los delitos.

La expansión territorial es, como hemos dicho, un factor de gran influencia para el crecimiento de esta criminalidad que ha pasado de ser un problema interno de los Estados —cuestión que podemos observar por el todavía vigente principio de soberanía nacional que dificulta hacer frente a las organizaciones criminal— a una cuestión que afecta a la seguridad mundial. Esta situación ha sido favorecida, en el ámbito de la Unión Europea, por la supresión de fronteras y la declaración de la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios así como los numerosos cambios técnicos, económicos y políticos⁷.

Todo ello nos lleva a deducir que el fenómeno de la globalización, ha favorecido a las sociedades actuales en cuanto a su evolución, desarrollo y crecimiento, pero a la vez les ha perjudicado pues de esta evolución social se han beneficiado las organizaciones criminales. Como pone de relieve la Instrucción 4/2006, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada, el crimen organizado *ha invadido la actual economía globalizada, a la que limita su eficacia y competitividad; corroe las instituciones del Estado democrático, que pone a su servicio en detrimento de los ciudadanos; y pervierte las instituciones financieras al utilizar sus circuitos para disfrutar de sus inmensos beneficios.*

Junto a este problema, el estancamiento de los sistemas jurídicos en el establecimiento de medidas aptas para la lucha contra la criminalidad organizada y la falta de armonización en las legislaciones internas de los Estados, benefician a la actuación ilícita⁸. Es decir,

⁷ ULRICH SIEBRE., «El futuro del derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del Sistema Penal Europeo» ponencia presentada en *Jornadas sobre Derechos Humanos y armonización del derecho penal en el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, 19-20 de enero de 2009.

⁸ No obstante, hay que recordar que en el ámbito de la Unión Europea, se han conseguido importantes logros en torno a esta armonización. Así encontramos el Convenio de Asistencia judicial en materia penal de 2000 (donde en su artículo 14 regula las investigaciones encubiertas), y Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la eje-

la colaboración entre las diferentes organizaciones criminales que la hacen más fuerte, requiere una respuesta unitaria y global por parte de las autoridades de persecución penal —concretamente de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de los fiscales, jueces y magistrados— de los Estados afectados. No obstante en tanto en cuanto los ordenamientos jurídicos penal y procesal no se compatibilicen no podremos hacer frente a una criminalidad organizada más fuerte y poderosa que nunca.

Esta armonización pasa por la determinación de estándares comunes relativos a la legislación penal y procesal (sobre todo en cuanto a medios de investigación y prueba se refiere) pues la situación actual provoca que las personas que integran las organizaciones criminales, consideren a los sistemas jurídicos como verdaderos paraísos jurídicos-penales donde escapan de la acción de la justicia y sus actividades ilegales quedan impunes.

Todo ello, lleva a los Estados a buscar mecanismos de cooperación y de investigación que hagan posible la lucha contra la delincuencia organizada. En este contexto aparecen las operaciones encubiertas. En el ámbito de la Unión Europea y bajo el auspicio del Tercer Pilar (cooperación judicial y policial entre los Estados miembros), estas operaciones encuentran su origen legal en el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, conocido como Nápoles II⁹. En este Convenio, firmado el 18 de diciembre de 1997, se encuentra, en su precepto número 23 la primera regulación legal del agente encubierto. No obstante, en el plano interno, países como Dinamarca y Alemania se revelan como las pioneras en el reconocimiento legal de la intervención de un agente encubierto al regularla desde 1986 y 1992 respectivamente.

En cambio, en España, la infiltración policial, aunque utilizada por los agentes policiales y reconocida por nuestros tribunales —para la investigación de delitos de tracto sucesivo— no tiene cobertura

cución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas y la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

⁹ DOCE C 24 de 23 de noviembre de 1998.

legal hasta 1999 mediante la Ley orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Con este trabajo, queremos poner de relieve el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa a uno de los medios de investigación, más novedosos en la lucha contra la criminalidad organizada en tanto en cuanto, su utilización, en las última década, ha sido insuficiente en relación con la actividad criminal de los entramados criminales y el crecimiento cuantitativo y cualitativo de su actuación. La infiltración policial, se configura como uno de los medios más importantes y eficaces para la lucha contra la delincuencia organizada. No obstante, es necesario advertir que, el análisis de este medio de investigación, debe hacerse teniendo en cuenta la **especialidad** de la investigación a través de este medio. Es decir, la infiltración policial se dispone como un medio extraordinario por varios motivos: en primer lugar, porque su desarrollo se lleva a cabo bajo la ocultación de la verdadera condición de policía del infiltrado y de las intenciones de investigar el hecho delictivo bajo la cobertura no sólo de una identidad supuesta sino de un rol ficticio; de una personalidad supuesta ideada también para conseguir una eficaz investigación; y en segundo lugar, porque el ámbito de actuación queda reducido a la delincuencia organizada que además, en el caso del ordenamiento español, debe tener por objeto la comisión de determinados y concretos hechos delictivos que establece la LECrim.

Desde esta perspectiva, debemos analizar los presupuestos para la adopción de la infiltración policial. Puesto que ante un medio extraordinario, también los presupuestos para su adopción legítima, tienen que entenderse desde esa especialidad ya que en caso contrario, supondría considerarlo una quiebra a los postulados del Estado de Derecho por no ajustarse a los principios básicos del proceso penal actual.

Así, doctrinalmente, la infiltración policial, junto con la entrega y circulación vigilada de drogas y la tecnovigilancia, se configura como uno de los medios extraordinarios de investigación reconocido por la Ley. El carácter extraordinario que lo define, es consecuencia de que la actuación estatal, personificada en el agente encubierto, puede considerarse al límite de los postulados del Estado de Derecho.

Las infiltraciones policiales, reguladas en el artículo 282. bis LECrim, supone la entrada de un agente de policía en el seno de

una organización criminal para su investigación. Estas infiltraciones serán llevadas a cabo por un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al que se le denominará agente encubierto, que actuará bajo la cobertura de una identidad supuesta y el rol de una nueva personalidad. Las infiltraciones policiales, objeto de estudio y que encuentran su ubicación legal en la LECrim, son aquellas donde el agente encubierto participa activamente en la acción del entramado organizativo y no aquellas en las que el infiltrado es mero observador de todo lo que ocurre a su alrededor, porque, en estos casos, la actuación del infiltrado nunca llegará a la consecución del fin último que se persigue con la operación: la desarticulación total de la organización criminal.

El rasgo característico de la infiltración policial es el doble engaño existente que se manifiesta en la identidad de la persona que actúa como agente encubierto así como en la intención que conlleva su relación con los miembros del entramado.

La ocultación de la verdadera identidad del infiltrado, permite que el Estado luche desde el interior de la organización criminal, permitiendo, de este modo, llegar a la cúpula del entramado organizativo objeto de investigación. Con ello, se persigue, no sólo la eventual condena que pudiera recaer sobre los miembros de la organización en el concreto caso, sino la erradicación, del panorama delincencial, de la organización criminal objeto de investigación como fin último de la utilización de este medio de investigación. Es por esto que la infiltración policial debe establecerse como el medio apto y eficaz para luchar contra la cúpula de la organización, contra el mando de poder, contra los «*hombres de atrás*» que, en definitiva, es donde se encuentra toda la esencia de esta modalidad de la actividad criminal de estos entramados.

No obstante, conseguir esto parece una quimera puesto que la infiltración policial, tal y como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, ni siquiera se acerca a este ideal. Al contrario, la rigidez con que se regula la infiltración policial en el artículo 282.bis LECrim, parece limitar las posibilidades que ofrece la intervención del agente encubierto a la investigación criminal.

Hemos estructurado este trabajo en cinco capítulos en las que hemos intentado poner de relieve todos los problemas y posibles soluciones que pueden plantearse al hilo de la regulación de la infiltración policial como medio de investigación y lucha contra el crimen

organizado. El primero de los capítulos se estructura en dos partes diferenciadas. En la primera parte, hemos analizado el panorama general del crimen organizado, así como las perspectivas históricas y actuales de los instrumentos jurídicos que se han venido y se vienen utilizando para su eficaz represión. Y en la segunda parte, hemos querido poner de manifiestos las principales características de la técnica de la infiltración policial y resaltar las diferencias que pueden existir con otras figuras afines que son utilizadas por las autoridades de persecución penal en las investigaciones criminales.

Como hemos advertido, la infiltración policial puede suponer el quebranto del sistema de derechos fundamentales que se reconoce a todas las personas ya que la actuación por parte de los poderes públicos se desarrolla de manera subrepticia, es decir, la intervención del agente encubierto supone presencia engañosa del Estado en la vida de las personas investigadas de manera continua y permanente. De esta afirmación se deduce que es un medio de investigación más agresivo con el sistema de garantías que los tradicionales métodos utilizados para la investigación penal. De este modo, hay que tener en cuenta, que la mera presencia del agente encubierto conlleva por sí sola, la limitación del libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de cada individuo a elegir con quien o cómo se relaciona.

Al análisis de los diferentes derechos o garantías que pueden verse afectados con la intervención de un agente encubierto, hemos dedicado el segundo de los capítulos de este trabajo. La importancia de su estudio radica en que para entender que la infiltración policial se desarrolla de forma legítima en el Estado de Derecho, es necesario que tanto su adopción, como el transcurso de la intervención del agente encubierto, se realice en la denominada *zona de equilibrio* —donde se encuentra de un lado, el *ius puniendi* del Estado y del otro el sistema de garantías fundamentales—. Así, hemos diferenciando, por un lado, los derechos fundamentales que se pueden ver afectados desde el inicio de la investigación —como puede ser el derecho a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad como núcleo fundamental de la dignidad humana— y por otro, aquellos derechos fundamentales que se vean restringidos por la actuación del infiltrado en el seno del entramado organizativo. De este modo, hemos de tener en cuenta que, la legitimidad o no de la restricción de estos derechos fundamentales dependerá en gran medida de si la actuación del infiltrado sobrepasa o no el engaño que subyace a la infiltración policial, es decir, si la

actuación del agente encubierto se deriva única y exclusivamente de la identidad, personalidad y rol supuesto bajo el que actúa ante los integrantes de la organización criminal o si por el contrario la actuación del infiltrado supera estos límites. En este último caso, la posible limitación de derechos fundamentales debe ser autorizada de forma individualizada conforme a los parámetros establecidos en nuestra Norma Suprema y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como todo medio de investigación regulado por la LECrim, debe desarrollarse conforme a los requisitos establecidos en el texto normativo. A este respecto hemos dedicado el tercer capítulo, destacando fundamentalmente, el ámbito de aplicación de la infiltración policial —dado que sólo puede ser utilizada para la investigación de organizaciones criminales dedicadas a cometer determinadas conductas delictivas— y a los presupuestos subjetivos, entendidos en sus dos vertientes: la activa y la pasiva. Este punto es uno de los que más controvertidos del tema ya que a la imprecisión de la LECrim se añaden las lagunas normativas comunes a otros medios de investigación. Así, cuestiones básicas como quién puede actuar como agente encubierto y qué características tiene que reunir el entramado organizativo para ser objetivo de la investigación encubierta, son las cuestiones básicas en las que se centra el tercer capítulo.

Piénsese, por ejemplo, en que la infiltración policial se desarrolle por un agente incompetente para ello. En la práctica, esta situación es posible pues la falta de un Cuerpo específico de Policía Judicial, la imprecisión con la que se regula, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no ofrece una solución asumible al tema.

Así, cuando la LECrim establece que el infiltrado será un miembro de la Policía judicial, a qué se refiere. Esta cuestión, entre otras, hace que la redacción general de la LECrim de 1882 y particularmente, la redacción del precepto 282. bis LECrim, ofrezca tantas dudas que no hacen más que impedir que la infiltración policial pueda desarrollarse como un verdadero modo de prevención y represión del crimen organizado.

El estudio del resto de requisitos procedimentales quedan reservado para el cuarto capítulo donde se han puesto de manifiestos cuestiones problemáticas y fundamentales para el buen desarrollo de la infiltración policial. Estas cuestiones se centran en el órgano que debe adoptar la autorización —órgano judicial o Ministerio

Fiscal— autorizaciones que deben existir a lo largo de la operación; el control al que debe quedar sometido el desarrollo de la medida; la duración de la infiltración —como problema común a toda investigación desarrollada bajo secreto de sumario— y por último, la aplicación del principio de proporcionalidad a la infiltración policial.

Para finalizar con el tema de la infiltración policial, el análisis del punto más problemático de la intervención de un agente encubierto la hemos reservado para quinto capítulo el último de este trabajo: el **régimen de responsabilidad** al que será sometido el agente de la policía por su intervención como infiltrado. De nuevo, la inexactitud con que la LECrim trata este tema hace que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, habilitados para actuar como infiltrado, no quieran intervenir en este tipo de operaciones —téngase en cuenta que la actividad de infiltrado es voluntaria— ya que su actuación, puede conllevarles un perjuicio irreparable.

En este sentido, la LECrim establece una exención de responsabilidad cuya aplicación queda sujeta a la observancia de determinados requisitos: que sean consecuencia necesaria para el desarrollo de la investigación; guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. De la regulación del régimen de responsabilidad se deduce que el legislador ha querido que, en un primer momento, sea el agente encubierto el que decida sobre estos términos, sin pensar que el infiltrado puede encontrarse en una situación de peligro o *in extremis* y considere que la comisión de un hecho ilícito es la única salida o solución, en ese preciso momento, sin examinar si la situación cumple o no con las condiciones previstas en la LECrim para que su actuación quede amparada en la exención de responsabilidad.

Teniendo en cuenta esto, analizaremos la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad así como la posible concurrencia de otras causas que eximan al agente encubierto —estado de necesidad, miedo insuperable—; qué actuaciones consideramos estarán amparadas en la misma, destacando las denominadas *pruebas de castidad* —siendo éste el apartado más llamativo de la responsabilidad penal del agente encubierto—.

No obstante, el estudio de régimen de responsabilidad no podemos centrarlo en el ámbito penal ya que, debemos recordar que, el infiltrado está facultado para actuar en el tráfico jurídico y social bajo la identidad supuesta que se le ha concedido en la operación lo

que supone que podrá realizar determinados negocios jurídicos que pueden perjudicar los intereses de terceros ajenos a la investigación y a la organización criminal. Una vez terminado el proceso penal, la identidad supuesta deja de existir por lo que los afectados no tendrán, en principio, contra quién dirigirse para que ese perjuicio sea reparado pues la persona física con la que ellos realizaron el negocio ha dejado de existir. Por ello, hemos creído conveniente analizar el régimen de responsabilidad civil del agente encubierto por los actos desarrollados durante la operación. No obstante, el estudio del régimen de responsabilidad civil no lo hemos centrado en aquella derivada de los negocios jurídicos que ha concertado en infiltrado haciendo uso de la identidad supuesta sino que hemos intentado reflexionar sobre el régimen de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por el agente encubierto durante la infiltración policial.

Por último, pondremos de relieve las peculiaridades más significativas del procedimiento penal que se iniciará una vez terminada la infiltración policial y que servirá, por un lado, para determinar si la actuación del infiltrado queda amparada o no por la exención de responsabilidad y, por el otro, para depurar la posible responsabilidad penal en que el agente encubierto haya podido incurrir durante el desarrollo de la operación.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D: Defensa y garantías del imputado: Aspectos internos y comunitarios.

No quisiera terminar esta introducción sin agradecer a todos aquellos que han participado de alguna forma en la elaboración de esta obra. A la Universidad Pablo de Olavide, a la que considero mi segunda casa y donde he crecido como persona e investigadora. A la Universidad Carlos III de Madrid, por acogerme y ayudarme en todo momento. Al Profesor Dr. D. Víctor Moreno Catena por darme la oportunidad de desarrollarme profesionalmente. A mi maestro, el Profesor Dr. D. Vicente C. Guzmán Fluja por confiar en mis posibilidades y porque a él debo mis logros profesionales.

Por último, a mi hermano, por ser mi modelo a seguir; a mi hermana, por ser una verdadera maestra. A Nani, porque sus ganas de imitarme son una fuente de ilusión. A José Luis, que llegó a mi vida llenándola de vitalidad y con quien los proyectos parecen y se hacen fáciles de realiza. Y como no, a mis padres, porque con su infinita ayuda, dedicación y cariño ha sido posible el inicio y la culminación de esta obra.

CAPÍTULO I

DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO Y DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES

SUMARIO. I. PANORAMA GENERAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. II. CONTEXTOS HISTÓRICOS DE LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO. III. CONTEXTOS ACTUALES DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL. IV. DESCRIPCIÓN DE LA FIGURA. RASGOS FUNDAMENTALES: 1. Delimitación de la actividad de la infiltración como recurso para la investigación del delito. 2. Rasgos característicos de la infiltración policial: A) Identidad supuesta. B) Secreto-engaño. C) Marco de actuación del agente encubierto. D) Necesidad de que el agente encubierto sea policía. V. FUNDAMENTO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ESTADO DE DERECHO. VI. FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. VII. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES: 1. Agente provocador: A) Concepto y características del agente provocador. B) Similitudes y diferencias entre agente provocador y agente encubierto. 2. El arrepentido: A) Concepto y características del arrepentido. B) Similitudes y diferencias entre el arrepentido y el agente encubierto. 3. El confidente: A) Concepto y características del confidente. B) Similitudes y diferencias entre el confidente y el agente encubierto. 4. El denunciante anónimo: A) Concepto del denunciante anónimo y diferencias con el agente encubierto. 5. Los servicios de inteligencia: A) Concepto y características de los agentes del servicio de inteligencia. B) Diferencias entre los agentes del Servicio nacional de inteligencia y el agente encubierto

I. PANORAMA GENERAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Crimen organizado, delincuencia organizada, criminalidad de empresa, red, bandas, mafia...son alguna de las denominaciones con las que se conocen esta «nueva» forma de delinquir, que se caracteriza por sus efectos negativos sobre los Estados generando situaciones de desestabilización e inseguridad pública. A ello hay que sumarle que en los últimos años estos efectos se han ido incrementando por dos factores fundamentales; por un lado, la creciente sobredimensión territorial del fenómeno de la criminalidad organizada, que actúan sobrepasando las fronteras de la soberanía de un Estado; y por

otro, la falta de capacidad o aptitud de los Estados de enfrentarse eficazmente a esta peligrosa forma de criminalidad.

Con esta parte del capítulo pretendemos dar en primer lugar, una visión general de la delincuencia organizada, encaminada a dibujar la frágil situación de los Estados ante ella, y en segundo lugar para adentrarnos en los concretos medios de investigación que se regulan en orden a su prevención y represión.

Así, como hemos tenido ocasión de mencionar, la delincuencia organizada puede tener diversas denominaciones: delincuencia de masas, criminalidad de empresa, delincuencia mundial... No obstante, es necesario precisar que todas responden a una misma realidad, compartiendo unas mismas características a las que aludiremos más adelante.

El origen de la delincuencia organizada debemos buscarlo siglos atrás¹ en lugares como Sicilia, Nápoles, Japón, China y Rusia. De este modo, la mafia Siciliana, la Camorra napolitana, las yakuza japonesas y las triadas chinas, son las primeras manifestaciones de delincuencia organizada y que surgieron como consecuencia de la arbitrariedad y corrupción de los poderes públicos frente a la sociedad que tras la actuación de las organizaciones criminales pretendían buscar la manera de controlar el poder².

¹ El origen de la mafia Siciliana, que fue la pionera en estas técnicas organizadas de delinquir, no está claro. En este sentido y siguiendo a CACIAGLI, su surgimiento puede remontarse al Siglo XVII, a la época de Napoleón «Criminalidad organizada y sistema político italiano», en *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996. Esta falta de consenso se pone de relieve también en «La Construcción de un régimen global de control». Sobre la evolución de la criminalidad organizada Vid. VIGNA, «Le linee di evoluzione Della criminalità organizzata», *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione Della criminalità organizzata e del terrorismo*, DOTT. A. GUIFFRÈ EDITORE, Milano, 2005, pág. 209-212. PALAZZO, «La mafia hoy: evolución criminológica y legislativa», en *Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLÓ), Universidad de Huelva, 1999, pág. 162 y ss.

² No obstante y aunque la mayoría de las organizaciones criminales tienden a la búsqueda del poder hay que precisar la existencia de una delincuencia organizada contra el poder y organizaciones que actúan desde el poder. Como ejemplos, la banda terrorista ETA, se configuraría como una organización criminal que actúa contra el poder. Y lo ocurrido en Marbella en los

Hoy en día, algunas manifestaciones de corrupción pública se deben a la fuerza que ejercen las organizaciones criminales en las instituciones del Estado, provocando cierta «necesidad» de cometer ilícitos penales propios de sus funciones³, sobre todo cuando las organizaciones se infiltran en las instituciones del Estado para garantizar la satisfacción de sus intereses.

En cuanto a la poca atención de los poderes públicos a las clases menos favorecidas, es un factor que afecta a toda la comunidad y que alimenta las canteras de las organizaciones criminales, pues los bajos fondos de la sociedad son el apartamento perfecto para reclutar al personal⁴. De este modo, los Estados han sido llamados para explorar formas de prevenir la marginalidad⁵, porque muchos de los

últimos tiempos sería un claro ejemplo del entramado activo desde el poder para reportar grandes beneficios. A pesar de esta diferencia ambas lesionan los pilares básicos del Estado de igual manera poniendo en peligro tanto la sociedad como la democracia.

³ En este sentido, las organizaciones criminales se han transformado en una amenaza que puede poner en peligro la integridad de las sociedades, la independencia de los gobiernos, de las instituciones financieras, el funcionamiento de la democracia y los equilibrios en las relaciones internacionales. En SANSÓ-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional», en *UNISCI*, Universidad de Santiago de Compostela, núm. 12, octubre 2006, pág. 205.

⁴ Esta circunstancia, característica propia de la delincuencia organizada, representa una dificultad más a su represión y prevención por varios motivos: en primer lugar por la facilidad de reemplazo en los miembros de la organización; en segundo lugar por la internacionalización de los miembros, cada vez más jóvenes; y en tercer lugar, la consideración de estos miembros de que será mejor estar delinquir que vivir en precarias condiciones. Señala al respecto CASTELLS, que alguno de los factores que favorecen a la delincuencia organizada son producto del capitalismo informacional, el aumento de desigualdades, la polarización social, la pobreza, la miseria en la mayor parte del mundo y los mercados ilegales. *La era de la información. 3. Fien del milenio*, Alianza, Madrid, 2006, 4ª edición, pág. 197.

⁵ La marginalidad es lo que los criminólogos llaman *factores predictivos*, es decir, factores de riesgos, individuales, sociales y ambientales que pueden facilitar e incrementar la conducta de desarrollar desórdenes emocionales. GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 444. Además señalan que en las organizaciones criminales, cada vez se integran miembros más marginales, jóvenes atraídos por la violencia y cuyo futuro de integración social resulta dudoso (pág. 640).

factores generadores de delincuencia organizada, están directamente relacionados con las precarias condiciones de vida⁶.

La actuación internacional o transnacional de las organizaciones criminales no puede entenderse como una característica consustancial de la delincuencia organizada, sólo es un elemento que intensifica sus efectos negativos sobre los sistemas democráticos. En este sentido, en los comienzos de su actuación, la mafia Siciliana actuaba en un territorio determinado, Sicilia, pero en 1920, cuando se promulgó la Ley seca en EE.UU., ésta organización expandió sus tentáculos hasta hacerse con el contrabando de alcohol de la zona. De este modo, podemos observar los primeros visos de transnacionalización en su actuación⁷.

Es evidente que la delincuencia organizada, como tal, supone un gran riesgo para la sociedad, tanto en lo que concierne a la seguridad ciudadana como a las instituciones del Estado⁸. Su gran auge se produce con la aparición o expansión de los movimientos de la globalización y la sociedad postindustrial de principios de siglo, ya que los cambios que la sociedad sufre también son asumidos por las organizaciones delictivas⁹.

⁶ Así, el Plan de estrategia para el nuevo milenio en cuanto a la prevención y control de la Unión Europea, pone de manifiesto la necesidad por parte de los Estados miembros de perseguir sistemas de seguridad social, sistemas educativos y de formación y medidas de lucha contra el desempleo.

⁷ ANDRADE SÁNCHEZ., *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*. Instituto de investigaciones jurídicas, 1997, pág.60, [http://www.biblio-juridica.org] señala que tanto la mafia siciliana como la Camorra, tienen alcance internacional estando activas en los EEUU tanto en el narcotráfico como en el lavado de dinero.

⁸ FERRAJOLI., «Criminalidad y globalización» en *Revista de Ciencias penales*, núm. 1, 2005., pág. 74-77. Califica la criminalidad organizada como la de los poderes criminales, la de los grandes poderes económicos y de poderes públicos.

⁹ DEL ROSAL BLASCO, «Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y políticos-criminales», en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, 2001. En este sentido refiere DELGADO MARTÍN, que la criminalidad organizada, se extiende por toda la comunidad internacional y a muchos ámbitos de las actividades económicas. Este crecimiento se ampara en los fenómenos de la globalización y la integración supranacional ambos típicos de la sociedad postindustrial, en *Criminalidad organizada. (Comentarios a la LO 5/1999,*

A los factores de la globalización y la sociedad postindustrial, en el ámbito de la Unión Europea, hay que unirles la determinación de la libre circulación de capitales, mercancías, personas, la supresión de las fronteras, que además de ayudar a la expansión y seguridad de las sociedades, resulta un factor que acucia, aun más si cabe, el problema de la delincuencia organizada ya que esa libertad favorece la actuación de las organizaciones criminales, sobre todo las dedicadas al tráfico de personas, de sustancias estupefacientes, de armas y, como no, a las organizaciones terroristas.

En este sentido los dramáticos sucesos acaecidos desde septiembre de 2001, marzo de 2004 y julio de 2005, han hecho que la comunidad internacional así como los diferentes Estados individualmente considerados, directamente afectados o no, comiencen a tratar el tema con el respeto que se merece. Éste el motivo principal por lo que se requiere una respuesta global contra él.

Por ello, debido a esta globalización de la criminalidad organizada, lo que resultaba ser un problema estatal interno de cada Estado, fue transformándose en un problema transnacional. La búsqueda de soluciones y respuestas para hacer frente al crimen organizado resulta una tarea ardua para los Estados, sobre todo porque la complejidad de su estructura y su actuación, hacen casi imposible la articulación de mecanismos aptos para su represión¹⁰. Así, ante un problema de tal dimensión, y de carácter global es necesaria una respuesta, por parte de los Estados, de igual envergadura.

de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves), J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pág.22. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, establece que la criminalidad organizada equivale a criminalidad de la globalización y se caracteriza por dos elementos significativos: la organización y la jerarquización, en *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, B de F, Argentina, 2º ed., 2006, pág.83 y ss.

¹⁰ En este sentido, GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA, define con gran acierto el carácter de la organización criminal: «el nombre de criminalidad organizada se usará para designar aquellos grupos que, en mayor o menor grado, reúnen condiciones de actuar ilegalmente, con posibilidades de afectar negativamente en sectores importantes para la vida política, social, económica e institucional». En «La criminalidad organizada. una aproximación sociológica y político-criminal», en *Revista del Poder Judicial, Número especial XVI: Bicenenario de la Audiencia Territorial de Cáceres*.

Además, la preocupación de los Estados frente a la criminalidad organizada no sólo afecta a la seguridad sino que la actuación criminal organizada también repercute en el sector económico. De este modo, las medidas adoptadas por los Estados, que además de velar por el fortalecimiento, protección y, en su caso, restableciéndose la seguridad nacional, deberían ir encaminadas a hacer frente, por un lado, al blanqueo de capitales¹¹ derivados de las actuaciones ilícitas de las organizaciones criminales y por otro, a afrontar los problemas derivados de la falta de ingresos provenientes del exterior¹².

En otro orden de cosas, la criminalidad organizada viola los más elementales valores de la convivencia humana así como las reglas de los órdenes estatales e internacionales. Igualmente, los instrumentos que los Estados articulan o adoptan, individual o colectivamente, para la eficaz lucha contra el crimen organizado, pueden representar graves peligros para los valores e instituciones del Estado de Derecho ya que la *agresividad* que para el sistema de garantías, suponen, será un núcleo determinante¹³. Por ello, es necesario articular la «zona de equilibrio» que permita la represión del crimen

¹¹ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada», en *Serie in Memoriam Alenxandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004, pág. 622. Las enormes ganancias que acumulan y después revierten blanqueadas a la economía legal han demostrado ser un factor de desestabilización grave de los mercados financieros y la libre competencia.

¹² Piénsese en el capital que reporta el turismo para algunos países y que se ve frustrado y cada vez en mayor descenso como consecuencia de la existencia y actuación de las organizaciones criminales. Esta es la situación real de Nápoles (Noticia publicada en *El País* (edición impresa), el día 26 de octubre de 2006, bajo el titular *Nápoles fuera de control. La violencia de la Camorra ahuyenta la inversión y el turismo de la ciudad Italiana*. En este sentido se puede consultar la obra de GARRIDO. STANGENLAND, REDONDO, *Principios de...* op. cit., pág. 650, donde manifiestan que el crimen organizado funciona mediante las reglas del mercado favoreciéndose de su flexibilidad.

¹³ ANARTE BORRALLLO, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLLO), Universidad de Huelva, 1999, pág. 13.

organizado sin tener que renunciar a las ansiadas y conseguidas garantías del proceso penal¹⁴.

Para describir el panorama de la delincuencia organizada, hemos de tener en cuenta, la perspectiva criminológica donde se distingue: la criminalidad o delincuencia organizada de la actividad delictual en grupo que utiliza cierta organización pero que no se corresponden con la actividad organización criminal propiamente dicha¹⁵.

Así, debemos tener presente que la delincuencia organizada se caracteriza por una serie de elementos relativos al grupo de personas, el carácter estructurado, permanente y autorrenovable, jerarquizado, utilización de toda clase de medios, con objetivos lucrativos y con una disciplina y coacción de los propios miembros¹⁶. Además, como ya hemos manifestado, hay que tener en cuenta la dimensión transnacional de la organización criminal, factor que incrementa el problema de su represión y prevención¹⁷. De este modo, la transna-

¹⁴ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006, pág. 199-201.

¹⁵ Siendo así se llegó a declarar que las bandas juveniles no eran verdaderas organizaciones criminales. No obstante, en una noticia publicada en el diario *El País*, versión digital el 4 de octubre de 2006, el Director General de Justicia, comunica la posibilidad que se plantean los tribunales de Justicia de reconocer estas bandas, como los *latin Kings*, como auténticas bandas organizadas.

¹⁶ HERRERO HERRERO, *Criminología (Parte general y especial)* Madrid, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 478-479. Por otro lado, estas características básicas de las organizaciones criminales son las que desprenden mayor complejidad frente a la asociación lo que supone mayor capacidad de alcanzar objetivos más complejos en un caso que en otro. Vid. URIARTE VALIENTE, «Delincuencia organizada a través de Internet», *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 46, 2008, pág. 23.

¹⁷ Afirma en este sentido ANARTE BORRALLLO, que la transnacionalización supone para el crimen organizado es algo más que un elemento definitorio, puesto que ya no sólo es que una organización actúe en el territorio de más de un Estado, sino que los contactos entre organizaciones implantadas en zonas diversas, han ido incrementando la distribución en diversas zonas geográficas actividades delictivas o fases de una actividad determinada. En «Conjeturas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 18. Vid. SANZ MÁRQUEZ, cuando las actividades delictivas de la organización afectan a varios Estados, nos encontramos ante la delincuencia transnacional organizada. no obstante, en nuestra opinión, nos encontramos siempre ante este tipo de delincuencia organizada pues no encontramos organizaciones

cionalización sólo ha supuesto la ampliación del problema, es decir, la evolución del crimen organizado¹⁸, así como, la conexión entre diferentes organizaciones criminales con el fin de cometer uno o varios delitos en varios Estados¹⁹. Lo que no significa que las organizaciones criminales de carácter nacional no sean igualmente peligrosas pues el carácter supranacional sólo hará más difícil su persecución y represión pero no los efectos sobre el sistema.

No obstante, hay que tener en cuenta que, todos estos elementos diferenciadores de la criminalidad organizada, son características comunes a los grupos pero no podemos perder de vista las diferencias entre ellos²⁰. Es decir, aunque estos grupos que provocan la desestabilización en los Estados se sustenten en estos pilares básicos y comunes, son grupos diferentes que actúan en distintos mercados, zonas geográficas y que emplean una diversidad de tácticas y mecanismos de actuación.

Pero la delincuencia organizada no sólo se diferencia de la delincuencia común asociativa o grupal sino también con la delincuencia institucional²¹. Esta diferenciación ha sido puesta de relieve por un

dedicadas que se circunscriban a un solo Estado. En «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas», pág. 1413.

¹⁸ De este modo, la diferencia entre el crimen organizado «tradicional» y el crimen organizado «transnacional» presenta tres diferencias fundamentales: actuación a escala mundial; conexiones transnacionales y la capacidad de retar a la autoridad nacional e internacional. RESA NESTARES, «Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias» [http://www.uam.es]

¹⁹ Así, la internacionalización o transnacionalización del fenómeno está directamente condicionada por la propia naturaleza de los bienes o servicios que constituyan el objeto del delito, cuyo lugar de origen puede encontrarse a enorme distancia de sus destinatarios finales. En FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pág. 39.

²⁰ Esta idea ha sido puesta de relieve por ZARAGOZA AGUADO, «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada». Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia sobre *La delincuencia organizada en el tráfico ilegal de drogas: aspectos sustantivos y procesales de nuestro derecho*, Madrid, 1999, pág. 13.

²¹ Por delincuencia institucional cabe entender aquella que proviene del sector público. Como ejemplo, podemos citar la mafia Siciliana, que constituidas como empresas han alcanzado tal fuerza y capacidad de presión sobre el poder político que tienen aseguradas la mayor parte de las financiación públicas. El problema es que las actividades empresariales que

Informe de la comisión de investigación del Parlamento Europeo en 1991. Así la delincuencia organizada incluye toda forma de actividad delictiva ejecutada por una mínima estructura organizativa. Identificando la delincuencia institucional como sindicatos del crimen (mafia, camorra, triadas chinas, carteles colombianos...)²².

Por tanto, podemos afirmar que la criminalidad ha sufrido una doble transformación a lo largo del tiempo. Por un lado, en cuanto a la titularidad de la acción delictual, ya que ha dejado de ser una acción individual para pasar a ser organizativa u organizada. Por otro, el carácter de organización delictiva se aleja de ser un problema interno de los Estados para ser un problema transnacional que incumbe a la seguridad, ya no nacional, sino mundial. Así, países como Estados Unidos de América (en adelante EEUU) se refiere al crimen organizado como una parte del «eje del mal», considerado como una amenaza global a la seguridad²³. Esta transformación, que se asoma a los caracteres de la delincuencia, ha conllevado que a lo largo de los años se hayan tenido que adoptar una serie de medios, que se suponen, eficaces para la lucha contra la delincuencia organizada y que responden, en la medida de las posibilidades, a la complejidad de esta forma grave de criminalidad.

Lo que está claro es que, cualquier clase de delincuencia genera, en la sociedad, un sentimiento de inseguridad que crece cuando se constata la corrupción del poder público (políticos, policías, jueces, etc.)²⁴ originando, además, una inseguridad institucional. Los ciu-

han nacido libres de prácticas mafiosas, empiezan a ser contaminadas por dichas prácticas pues es el único modo de subsistir, usar las propias armas de la competencia mafiosa. CATANZARO, *El delito como empresa*, Taurus Humanidades, Madrid, 1992, pág. 298-299

²² Vid., SANZ MÁRQUEZ, «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronteriza» en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004, pág. 1412 y ss. (http://www.cej.justicia.es)

²³ AA.VV., «La componenda global. La construcción de un régimen global de control», *Programa crimen y globalización*. Transnational Institute, Núm. 3, 2005. señalan que el «eje del mal» está constituido por el tráfico de drogas, el crimen transnacional organizado y el terrorismo internacional.

²⁴ Esta ha sido la situación que durante muchos años se ha vivido en Sicilia por la actuación de la mafia. En este sentido se pronuncia CACIAGLI, al señalar que *aparte de la fuerza real acumulada por la criminalidad organizada, el Estado ha dejado de afirmar su presencia durante mucho tiempo.*

dadanos no sólo se deberán proteger de los ataques que suponen las acciones delictuales sino también frente a los poderes públicos que se ven manipulados o influenciados negativamente por la actuación de las organizaciones criminales, pues, intercambios de favores de carácter lucrativo hacen creer que ambas partes ganan. En este sentido, cada vez son más los funcionarios que se ven atraídos por las «ganancias» que pueden obtener con las organizaciones criminales. No obstante, estimamos que la corrupción es un agravante más de la situación que provoca la delincuencia organizada lo que no significa que, este tipo de criminalidad, conlleve siempre una actuación corrupta aunque sea lo más habitual²⁵.

Es decir, se da un papel de suplencia o de sustitución del poder del Estado por el poder del mafioso. En «Criminalidad organizada y sistema político italiano»... op. cit., pág.118-119. en España quizás no se le quiera denominar corrupción, pero se han producido casos en que miembros del poder judicial han estado en relación con la actuación de organizaciones criminales favoreciendo su trato procesal. La más recientemente conocida, es la del Presidente de la Audiencia Provincial de Tenerife que intenta dejar en libertad bajo fianza a un narcotraficante. Esta noticia, publicada en El País (11/10/2006), no especifica los motivos que arrastraron al magistrado a adoptar esa posición, pero pone de relieve el peligro que supone para las instituciones del Estado (que pueden verse influenciadas) y para la seguridad ciudadana, la actuación de las organizaciones criminales. ANARTE BORRALLA, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág.15.

²⁵ Esta misma opinión ha sido puesta de manifiesto por IGLESIAS RÍO; MEDINA ARNAIZ, al referirse a que la corrupción es un factor que añade un plus a la desestabilización por su perniciosa influencia tanto, en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, como a la alteración del sector privado. En cuanto a la agravación que supone la corrupción en los efectos de la delincuencia organizada, y siguiendo a los autores antes mencionados, supone la desestabilización del desarrollo social que puede llegar a remover los cimientos democráticos sobre los que descansa el Estado de Derecho, así como el respeto a los derechos fundamentales, la igualdad y la justicia. En «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Penal*, núm. 14, Julio 2004, pág.49-55. Al respecto, SANSÓ-RUBERT, señala que las organizaciones criminales desarrollan una interacción corruptora con los sectores legítimos de poder, permitiendo al crimen organizado amasar recursos, capitales, información y conocimiento empresarial. En «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno», en *Seminario de Estudios de Defensa*, Universidad de Santiago de Compostela, UNISCI, 2006, pág. 50.

Por otro lado, las organizaciones criminales se adaptan a los cambios que en la sociedad se producen, es decir, la delincuencia organizada se adapta a las nuevas realidades sociales²⁶. Así, desde la mafia siciliana hasta las organizaciones criminales, que hoy actúan en nuestros Estados hay algunas diferencias que reflejan esta facilidad de adaptación a las nuevas circunstancias y a la evolución socioeconómica de los Estados. En cambio, el propio Estado y fundamentalmente el Derecho no es capaz de flexibilizar su estructura para luchar contra esta nueva o moderna delincuencia, o al menos no con la suficiente eficacia.

Debemos tener presente que nos encontramos ante una forma de criminalidad altamente agresiva, no solo con el exterior sino, en algunas ocasiones, con el interior mismo, es decir, con sus propios miembros²⁷.

²⁶ Señala en este sentido, ZARAGOZA AGUADO, que las organizaciones criminales no se pueden entender al margen de los cambios experimentados por la comunidad: convulsiones sociales, reestructuración, innovaciones tecnológicas, cambios geopolíticos... ya que han ejercido una gran influencia más que evidente en el crecimiento y expansión de las organizaciones que, hasta el momento actuaban en zonas territoriales limitadas y, carecían de capacidad para constituirse como una seria amenaza para la estabilidad política y económica de los Estados. En concreto, el autor se refiere a las mafias rusas, albanesas, georgianas, que tras los cambios anteriormente experimentados se han expandido rápidamente hasta hacer mella a la seguridad de los Estados entre ellos, España. En «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada»... op cit., pág.11-12. En el mismo sentido, la Agencia del FBI (Federal Bureau of Investigation), determina que todos los cambios sociales, económicos, políticos y tecnológicos que ha sufrido el mundo, han sido aprovechados por las organizaciones criminales para satisfacer sus necesidades de avaricia y ansia de poder [<http://www.fbi.gov/hq/cid/orgcrime/ocshome.htm>]. SANSÓ-RUBERT, señala que el crimen organizado crece, muta y, con ocasión de la transformación continua, se perfecciona, consolidando una modalidad empresarial delictiva que proyecta su dominación sobre los Estados y la sociedad. En «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional»... op. cit., pág. 204.

²⁷ Vid. SCHNEIDER, «Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada», En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1993, pág. 728-729. Establece que la violencia representa el último recurso que emplea el grupo en el afán de mantener las normas delictivas. Es decir, se recurre al uso de la violencia como medio de control y de protección tanto contra los miembros del grupo que no cumplen con sus obligaciones

A ello hay que añadirle algunos factores que complementa esa agresividad. Por ejemplo, el que subyace en la idea de satisfacer las necesidades de una parte de la población en cuanto a bienes y servicios ilegales que están prohibidos por las leyes²⁸. Además, el beneficio que puedan obtener de la organización por no denunciar el hecho delictivo, el miedo que puedan sufrir por su integridad, también son factores que provocan que la población no cumpla con el deber cívico de denunciar la comisión de un hecho delictivo. Lo que conlleva a que las autoridades penales deban buscar otros medios para la investigación y represión, ya que, no tendrán la colaboración ciudadana necesaria para su erradicación.

Otro problema en el que debemos detener nuestra atención es que el crecimiento de la criminalidad organizada que es constante y no se frena a pesar de los intentos del Estado por poner fin a esta situación. En este sentido, y tras años de lucha, la criminalidad organizada siempre va un paso por delante. Siguiendo a RUEDA MENÉNDEZ —Inspector Jefe de la Comisaría General de Policía Judicial—, esto se debe a su gran capacidad de adaptación a las condiciones propias del entorno en que desarrollan sus actividades, en la gran movilidad y expansión como consecuencia de la evolución en el campo de las telecomunicaciones y el transporte; en el aprovechamiento de todos aquellos factores sociales que les sean propicios y el uso de las nuevas tecnologías²⁹. Además, de los mencionados, estos

como contra personas fuera del grupo, con el fin de protegerlo y de incrementar su influencia. De este modo, el uso de la violencia se constituye como un medio de control directo y como indirecto para imponer un castigo ejemplar a la persona que falten a las normas del grupo.

²⁸ FABIÁN CAPARRÓS, *El banquete de...* op. cit., pág.45. Señala el autor que toda vez que lanza un amplio catálogo de bienes y servicios ilegales deseados por el público cuya demanda parece crecer a medida que se evidencia la ineficacia de los Estados a la hora de prevenir, satisfacer o reprimir tales necesidades.

²⁹ RUEDA MENÉNDEZ, «La delincuencia organizada transnacional» en *Inmigración: desafíos y riesgos laborales*. Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, Junio-julio 2005 (versión consultada en <http://www.uned.es/investigacion/IUISI>.) El uso de las nuevas tecnologías para la acción delictual, incide de manera negativa en la estructura del Estado de Derecho, pues las organizaciones criminales aprovechan las infraestructuras como redes radioeléctricas, telefónicas, informáticas y de transportes internacionales.

factores genéricos de toda criminalidad, organizada o no, el problema de su represión provendrá de que actuará tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica³⁰.

Entonces podemos entender que la actuación de las organizaciones criminales colisiona, con el debido respeto, al Estado de Derecho.

Desde esta perspectiva, sabemos que se está trabajando en pro de la lucha contra el crimen organizado. Tarea que se entiende primordial para salvaguardar la paz social, la libertad y seguridad de la humanidad. Esto no va a suponer una tarea fácil, se tendrá que ir poco a poco, pues como estableció, el parlamento Italiano en 1999, la criminalidad organizada es una *genuina potencia criminal capaz de imponer su voluntad a los Estados legítimos, socavar las instituciones y fuerzas de la ley y el orden, trastornar el delicado equilibrio económico financiero, y destruir la vida democrática*³¹.

En definitiva, el crimen organizado provoca efectos devastadores, tanto en lo relativo a la seguridad de la sociedad como, en la estructura básica de los Estados, pues, su infiltración dentro de las instituciones públicas genera desequilibrio en la política económica y social. Así, esta inestabilidad debe ser causa suficiente para entablar los mecanismos de persecución y represión que hagan frente a la criminalidad organizada con el único límite del respeto de los postulados básicos del Estado de Derecho, así como, del sistema de garantías que asiste a toda persona. No obstante, consideramos que la eficaz lucha del crimen organizado, no sólo, puede hacerse desde la perspectiva penal y policial sino que, ésta iniciativa, debe ir acompañada por una firme política criminal encaminada a informar y educar a la comunidad; investigar sobre la estructura de la delincuencia; mejorar la capacitación de las policías y del personal de la Administración de Justicia, etc³².

³⁰ BLANCO CORDERO; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista Penal*, número 6, julio 2000, pág. 3.

³¹ Comisión antimafia del Parlamento Italiano. RUEDA MENÉNDEZ, «La Delincuencia organizada transnacional»... op. cit. (versión consultada en <http://www.uned.es/investigacion/IUISI>).

³² Vid. GARRIDO. STANGELAND. REDONDO, *Principios de...* op. cit., pág. 653 y ss.

II. CONTEXTOS HISTÓRICOS DE LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

El crimen organizado ha preocupado desde siempre a las instituciones estatales. No obstante, las recientes actuaciones terroristas así como el auge del tráfico de personas, favorecen a que la lucha contra el crimen organizado se convierta en el gran reto de la humanidad. Hasta el momento hemos visto los riesgos que supone la actuación de las organizaciones criminales para la institución del Estado, así como, para la sociedad, pero el peligro no sólo se encuentra en la delincuencia organizada sino en los medios legales para combatirla.

En primer término, hay que poner de relieve que los trabajos para hacer frente a la criminalidad organizada deben orientarse a reducir las circunstancias que posibilitan dicha actividad ilícita. Es decir, hay que buscar mecanismos para enfrentarse, a cada momento, desde la prevención y persecución hasta la represión.

Así, la lucha contra el crimen organizado requiere una clara necesidad de conocer a fondo las organizaciones criminales, poniendo de relieve unas características comunes que lo hacen peligroso y de momento, invulnerable.

Por ello, se insta a los Estados a la búsqueda de medios que permitan conocer a fondo la dimensión que supone la organización criminal, para así poder atacar sus puntos débiles. En este sentido, encontramos diversos mecanismos como: los sistemas de información y de elaboración de inteligencia, que se presentan como un elemento indispensable para lograr de manera exitosa la represión de la criminalidad organizada³³.

En este contexto y en el ámbito de la Unión Europea, Europol ha intentado desarrollar un modelo de análisis de la información que

³³ SANSÓ-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada»... op. cit., pág. 209 y 213. Establece el autor que las utilidades de la inteligencia en el ámbito penal son tanto de carácter preventivo, para evitar que suceda, como su vertiente represiva, ayudando mediante la recolección y análisis de la información obtenida para detectar a las personas involucradas, el *modus operandi*, y cualquier otro hecho relevante para la investigación.

pueda utilizarse para identificar las tendencias de la delincuencia organizada.

En el mismo ámbito se han adoptado diferentes iniciativas, de carácter operativo, con el fin de mejorar la lucha contra el crimen organizado. Así, el primero de ellos y relacionado con el tráfico de drogas y sustancias estupefacientes es la Convención de Viena de 1988, que instaba a los Estados miembros a la planificación de legislaciones que permitieran la eficaz represión de las acciones delictivas en este sentido.

En Naciones Unidas, se celebró el Convenio de Naciones Unidas contra el crimen transnacional organizado (1994), donde se insiste en la necesidad de que, al menos, los países firmantes, introduzcan en sus ordenamientos instrumentos procesales, administrativos y penales conducentes a combatir el crimen organizado.

Fuera del ámbito europeo, la lucha contra el crimen organizado resulta igualmente incansable. Así, por ejemplo, el FBI, realiza una lucha de conjunto, es decir, no se centra en los crímenes como acontecimientos individuales, sino que apuntan a la organización entera, como responsable de una variedad de actividades criminales cuando los sujetos que se escudan en la organización criminal³⁴.

Los Estados modernos, se han puesto en marcha para la regulación de mecanismos de prevención y represión contra el crimen organizado. Pero si la plasmación teórica de la lucha contra el crimen organizado resulta difícil, cuanto más, la praxis diaria, pues la clandestinidad de la actuación, llega a crear un *metasistema* capaz perjudicar la seguridad y el orden público, hasta el punto de desacreditar y mermar la potestad y presencia misma del Estado³⁵.

En cuanto al modelo de actuación de los Estados, se basa en cuatro puntos diferenciados: en primer lugar, se emplea una metodología que rinda el máximo impacto con los recursos de que disponen, que se consideran limitados con respecto a los de los entramados criminales. En segundo lugar, se persigue a las personas físicas o jurídicas que tienen los lazos directos con las empresas criminales,

³⁴ Toda la información acerca del Federal Bureau of Investigation (FBI), ha sido obtenida de la página oficial de esta oficina [<http://www.fbi.gov>]

³⁵ IGLESIAS RÍO; MEDINA ARNÁIZ, «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea»... op. cit., pág. 55.

nacionales o internacionales significativas. En tercer lugar, se centran en perseguir a los grupos organizados regionales del crimen que conducen a actividades de chantaje. Y en último lugar, se realizan investigaciones coordinadas.

Así, la lucha contra el crimen organizado debe ser enérgica y eficaz frente a la agresividad y sofisticación con que se presenta hoy en día las organizaciones criminales. No obstante, hay que tener en cuenta que la eficacia en la lucha no puede ser conseguida a toda costa, es decir, la eficacia no puede redundar en una peligrosa injerencia en el sistema de garantías fundamentales de los ciudadanos³⁶.

Es posible, que las legislaciones penales y procesales, sean más permisivas, es decir, se tienda a la preeminencia del *ius puniendi* del Estado cuando se trata de reprimir y prevenir la actuación de las organizaciones criminales pues ante lesivas formas de criminalidad hay que buscar respuestas eficaces, pero esto nunca debe sobrepasar más allá de los límites inspirados en el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas³⁷. Además, hay que reforzar la idea

³⁶ IGLESIAS RÍO; MEDIAN ARNAIZ, «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea»... op. cit., pág. 65. Refieren los autores que *no se pueden aceptar colmar un déficit de seguridad por un déficit democrático*. SANSÓ-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada», señala que resulta indispensable compatibilizar las restricciones que conllevan la seguridad con el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos. pág. 218.

³⁷ Sobre el resurgimiento del derecho penal del enemigo, Vid., MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; TORRENTE, «Políticas de seguridad ciudadana: condicionantes y modelos recientes», en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1487-1511. DEMETRIO CRESPO, «Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"» en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1027-1053. ALACALE SÁNCHEZ, «Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad», en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1197-1226. MAQUEDA ABREU, «Políticas de seguridad y Estado de derecho», en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1287-1298. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2004. A favor del resurgimiento del derecho penal del enemigo, JAKOBS, «¿Terroristas como personas en derecho?», en *Derecho penal del enemigo* (junto CANCIO MELIA), Civitas, Madrid, 2006, pág. 57-83.

de que estos medios sólo serán utilizados siempre que no sea posible la represión mediante cualquier otro menos lesivo.

Y, en este sentido, nos encontramos ante una disyuntiva puesta de relieve por la doctrina³⁸: o bien se elige un sistema que permite un endurecimiento de los instrumentos jurídicos de lucha (represión y prevención) con el correlativo detrimento de los derechos y libertades de los ciudadanos; o bien, optamos por un sistema de reserva del derecho procesal y penal para hechos muy graves, respetando así el sistema de garantías penales y procesales³⁹. Y éste, resulta ser el dilema de los Estados a la hora de la regulación de medidas tendentes a prevenir y reprimir el crimen organizado.

Lamentablemente, ya tenemos ejemplos prácticos de la primera opción donde se reducen al máximo los derechos de los ciudadanos utilizando, como pretexto, la protección y restablecimiento de la seguridad que se ha podido ver en entredicho⁴⁰. Así, países como EEUU, donde la amenaza terrorista ha ganado la batalla a los derechos fundamentales y libertades públicas⁴¹, la USA Patriot Act, recorta y ataca los derechos fundamentales y libertades públicas

³⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, «Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿Objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?» En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; SANZ MULAS (Coord.), *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública*, Comares, Granada, 2005, pág. 213-215. Se establece que la disyuntiva se centra en un derecho penal garantista o un derecho penal de la seguridad. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad...* op. cit., pág. 77 y ss, afirma que los atentados del 11-S producen un paso atrás en la lucha por las libertades cuando bajo la soterrada bandera de la seguridad se abandonan los derechos de los ciudadanos.

³⁹ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 201; MORENO CATENA (CORTÉS DOMÍNGUEZ; GIMENO SENDRA), *Derecho procesal Penal*, Colex, Madrid, 1999, pág. 44-45.

⁴⁰ El informe del 2004 de Amnistía Internacional (*Resonaron las voces de los jamás escuchados*) establece que el camino hacia una seguridad visible pasa de forma ineludible por el respeto a los derechos humanos. AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Resonaron las voces de los jamás escuchados», Informe 2004, Madrid: EDAI, D.L, pág. 16.

⁴¹ Vid., ÁLVAREZ CONDE; GONZÁLEZ, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», en *Real Instituto del Cano de Estudios Internacionales y estratégicos*, núm. 7/2006. (versión consultada en <http://www.realinstitutoelcano.org>)

bajo la bandera de la defensa de la seguridad nacional⁴². En el mismo contexto, Reino Unido, en diciembre de 2001, aprueba la Ley de Seguridad, Crimen y Antiterrorismo permitiendo la detención indefinida y la práctica de las pruebas secretas sin control judicial y ello en pro de la seguridad ciudadana. En Alemania, en 2002, entra en vigor la Ley de lucha contra el terrorismo internacional, incluyendo disposiciones que atentan contra los derechos a la igualdad, al asilo, el derecho a la autodeterminación informativa, etc⁴³.

Esta situación, evidentemente, tiene un efecto boomerang sobre los propios Estados ya que toda actuación arbitraria de los poderes públicos genera inseguridad jurídica, institucional y por supuesto ciudadana, pues estos mecanismos, no impiden actos reprochables de los grupos criminales pero, sí cierto temor de la sociedad frente a sus propios poderes públicos y en concreto frente a las autorida-

⁴² A este respecto afirma PORTILLA CONTRERAS que una legislación no responde a la idea de traducir lo excepcional en normal y la «Seguridad del Estado» en «seguridad de los ciudadanos», provocando un arquetipo de políticas de seguridad contra enemigos y una extensión del concepto *no persona* a todos los que disienten políticamente del actual sistema. En «La configuración del «Homo Sacer» como expresión de los nuevos modelos de derecho penal imperial», *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 1403. Al respecto, DAUNIS, establece que estas regulaciones son demasiado abstractas, que producen un importante adelantamiento de las barreras de punición y castigan simples factores de riesgo. Se produce, por tanto, un claro quebranto a los principios de legalidad, seguridad jurídica y lesividad, posibilitándose los abusos del sistema judicial respecto a otros ciudadanos. En «Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿Objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?»... op. cit., pág. 224.

⁴³ De igual modo países como Cuba, Marruecos, Federación Rusa o Corea del Sur, han promulgado leyes a partir del 11 de septiembre que *definen vagamente nuevos delitos, otorgan amplios poderes para recluir a las personas sin cargo ni juicio, a menudo sobre la bases de pruebas secretas, disposiciones que permiten las detenciones prolongadas en régimen de incomunicación, facilitan la tortura...* Informe 2004 de Amnistía Internacional: «Resonaron las voces de los jamás escuchados»... op. cit., pág. 15 y ss. En 1992, se presenta en México un anteproyecto de ley para combatir la delincuencia organizada el tema «algunas reflexiones en torno a la procuración de la justicia y la seguridad pública» en el que se proponen una reducción de garantía, adopción de medidas cautelares extraordinarias..., para el combate del crimen organizado. Finalmente este anteproyecto no vio la luz.

des policiales. A este respecto, podemos afirmar con toda rotundidad que, no todo vale en la lucha contra el crimen organizado, ya que en ese caso nos convertiríamos en verdugos de la libertad, seguridad y justicia que tanto hemos anhelado. Por el contrario, es necesario fijar una serie de mecanismos legales y eficaces dentro del marco de los derechos fundamentales, no sólo desde un punto de vista teórico sino también aplicable en la práctica⁴⁴.

De este modo, refiere GUZMÁN FLUJA, que lo ideal es que las legislaciones alcancen una zona de equilibrio que permitan, por un lado, la lucha eficaz contra el crimen organizado, y por el otro, que se garantice el respeto al sistema de garantías⁴⁵. Respeto, que no supone la prohibición de injerencias cuando ésta fuera necesaria.

Y en esta perspectiva es donde aparece la infiltración policial como mecanismo útil para la represión e investigación del crimen organizado. No obstante, esta medida, por definición más agresiva con las garantías procesales, parece un modo lógico de hacer frente a aquellas manifestaciones del crimen organizado que cualitativa y cuantitativamente supongan un ataque más agresivo contra la paz social y contra la integridad y protección de la sociedad⁴⁶. Por ello, es aceptable este medio de investigación siempre que sólo sea aplicable a casos excepcionales donde otras técnicas de investigación, quizás, menos lesivas, no resulten eficaces⁴⁷.

La infiltración policial surge como consecuencia de la insuficiencia de las tradicionales técnicas de investigación frente al crimen

⁴⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 105.

⁴⁵ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 199-201. Esta circunstancia ha sido puesta de relieve en la Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio para la prevención y control de la delincuencia organizada: el uso de mecanismos de control... requieren llegar a un equilibrio adecuado entre la eficacia y la protección de los derechos humanos fundamentales.

⁴⁶ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 205.

⁴⁷ Debemos tener en cuenta que la titularidad de los derechos humanos la tienen todos los hombres sin que se distingan en mejores o peores, en culpables o inocentes. AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Resonaron las voces de los jamás escuchados»... op. cit., pág. 16.

organizado⁴⁸. Esta insuficiencia es provocada por la dimensión de la nueva tipología delictual, el empleo de medios sofisticados para la comisión del hecho, la aparición de elementos transnacionales, aparición de las nuevas tecnologías... en definitiva, factores que han supuesto un avance en la forma de delinquir así como, una nueva clientela penal producto de la globalización⁴⁹. Así, el diseño procedimental que originariamente ofrecían las leyes procesales sobreviene inoperante⁵⁰. Es decir, las nuevas tecnologías, la jerarquización, la preparación de los integrantes de las organizaciones, el nivel económico y la disposición de elementos materiales y personales que facilitan el desempeño de la organización, que se extiende ya a niveles internacionales o transnacionales⁵¹, hace que la lucha contra estas

⁴⁸ La primera vez que en el ámbito europeo se comienza a pensar en la técnica de la infiltración policial como una medio eficaz de represión del crimen organizado es en el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras conocido como Convenio Nápoles II. En él se regulan las investigaciones encubiertas que junto con otras figuras como la entrega vigilada, la vigilancia transfronteriza y los recursos a equipos comunes de investigación, se configuran como formas especiales de investigación (no presentes en el Convenio de 1967). Más tarde, en el 2000, el Convenio relativo a las asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo, regulan las investigaciones encubiertas de manera abierta, es decir, ya no circunscrito al tráfico aduanero, sino para la lucha contra la criminalidad organizada en general. En EEUU también se llevan a cabo operaciones encubiertas (junto con la vigilancia, las fuentes confidenciales, el análisis de inteligencia...) para poder destruir a los sindicatos organizados del crimen tanto de carácter nacional como internacional. <http://www.fbi.gov/hg/eid/orgcrime/oschome.htm>

⁴⁹ A este respecto, es necesario que destierremos la idea de que la criminalidad organizada sólo actúa en los países menos desfavorecidos del planeta, sino que acceder a «primer mundo» en busca de escenarios y mercados en los que implantarse y desarrollar sus actividades lucrativas, ya que su enriquecimiento responde a un demanda de bienes y servicios ilícitos. Todo ello, está provocado por la vertiente internacional del crimen organizado generado a su vez por los efectos propios de la globalización. SANSÓ-RUBERT, «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno»... op. cit., pág. 44.

⁵⁰ BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad*,... op. cit., pág. 61-62.

⁵¹ Un problema fundamental en la sociedad, propicio para la actuación de las organizaciones criminales, es la libre circulación de personas, establecida por el Tratado de Roma, en que se fundan los pilares de la Unión Europea.

formas graves de criminalidad se haga cada vez más difícil. De esta forma, la intervención del agente encubierto, unida a la información recabada por los servicios de inteligencia puede suponer una derrota del crimen organizado. Es decir, la infiltración policial será más segura y eficaz si mediante los sistemas de información obtenemos datos relevantes y suficientes que nos permitan atacarla desde el interior.

En este sentido, se requiere de los Estados el empleo de nuevos medios *proactivos*⁵² de investigación como: la videovigilancia electrónica, la infiltración policial, entrega y circulación vigilada de drogas, la investigación financiera en el patrimonio de las organizaciones.

En este contexto, muchos son nuestros ordenamientos vecinos se han decantado por articular la figura de la infiltración policial, para la investigación del crimen organizado, pudiendo distinguir entre aquellos que lo hicieron de manera expresa, aquellos ordenamientos en los que no se regulaba de manera expresa sino que se deducía su estatuto de otras normas, y aquellos en los que el reconocimiento solo se hacía de manera jurisprudencial.

Así, en el primer bloque nos encontramos con Dinamarca, Alemania y España⁵³. En el ordenamiento jurídico danés, se comenzó a regular en 1986 cuando se introdujeron en la Ley procesal danesa los §§ 754^a-754e, pero con la peculiaridad de no otorgar identidad supuesta a los agentes que actúen como infiltrados.

En 1992 mediante la Ley contra el crimen organizado, Alemania, incorporó en su ordenamiento la figura del infiltrado, actualmente regulado en el §110 a- 110 d.

Con ello, se incrementan las actividades criminales y el flujo de entrada de inmigrantes ilegales a terceros países. En este sentido debemos recordar que las organizaciones criminales que ahora actúan en España provienen de Europa del Este o de los países de América latina. No obstante, hay que tener en cuenta que la inmigración no trae la delincuencia sino que la delincuencia se mueve por donde puede actuar mejor.

⁵² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, 2005, pág. 217-218. Aunque estos modos de investigación proactivos resulten más invasivos, en el derecho a la intimidad en sus diferentes parcelas, que los medios tradicionales.

⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y "agente encubierto"*, Comares, Granada, 2001, pág. 85 y ss.

España, introdujo la figura del agente encubierto mediante la Ley orgánica 5/1999, de 13 de enero de modificación de la ley de enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves⁵⁴, lo que supuso el reconocimiento legal de una técnica policial que se venía utilizando para la investigación de delitos relacionados con el tráfico de drogas y estupefacientes⁵⁵. De este modo, el agente encubierto, antes de 1999, era definido como aquella persona que integrada, de ordinario, dentro de la estructura orgánica de los servicios policiales o de acuerdo con estos, se introduce ocultando su verdadera identidad, dentro de una organización criminal con la finalidad de recabar información de la misma y proceder en consecuencia a su desarticulación⁵⁶. Así, la policía usaba la

⁵⁴ MUERZA ESPARZA, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada». Ponencia en el Seminario de *Derecho Procesal Penal Económico*. Año 2003. Centro de Estudios Jurídicos [http://www.cej.justicia.es] pág. 560. Para el autor, el art. 282.bis de la LECrim ha permitido dar cobertura legal a la penetración de la Policía judicial en grupos criminales organizados a fin de recabar información sobre ellos y obtener medios probatorios sobre la ejecución de hechos delictivos.

⁵⁵ Antes de la regulación legal del agente encubierto, la infiltración policial era admitida por la Jurisprudencia siempre que la actuación de los agentes de policía se encontraran dentro de los límites de la Constitución Española (art. 126) y de lo establecido en las normas procesales básicas. Vid. DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada» en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004, pág. 1378 (http://www.cej.justicia.es).

⁵⁶ Entre otros, RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Navarra, 1999, 3ª edición, pág. 75. DELGADO GARCÍA, «El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y Legislación comparada», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, 1996, pág. 69: delimitando la figura del agente encubierto a los casos de narcotráfico organizado, establece que la infiltración policial es una técnica de investigación consistente en que funcionarios de la policía Judicial penetren de forma encubierta o se infiltren en el entramado organizativo de estos grupos al objeto de obtener pruebas sobre la ejecución de los hechos delictivos, determinar la estructura de la organización, los campos delictivos en que operen, los circuitos de distribución de la sustancia estupefaciente y de las ganancias obtenidas, para finalmente proceder a la aprehensión de la droga, la incautación del dinero

figura del agente encubierto sin sometimiento a regulación alguna y posteriormente la información obtenida se presentaba ante el juez como procedente de otros medios de investigación⁵⁷. Esto, conllevaba la aparición de determinadas situaciones que, al no existir respaldo legal expreso, es necesario buscar la solución mediante la analogía.

Los Estados que conforman el segundo de los bloques son Francia, Italia y Portugal⁵⁸. En Francia, se admitía la investigación por el agente encubierto en caso de tráfico de estupefacientes, a través de

y la detención de los autores. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Comentarios a la Ley 5/1999, de 13 de enero: la "entrega vigilada" y el "agente encubierto"», en *Actualidad Aranzadi*, núm. 380, 1999, pág. 1 y ss, establece el autor que la Ley 5/1999 introducen en la LECrim dos prácticas habituales, reconocidas por la Jurisprudencia, en la lucha contra la actividad criminal, dándoseles cobertura legal. RIFA SOLER, «La figura del infiltrado como sujeto de protección», en ROBLES GARZÓN, *Jornadas internacionales de derecho procesal dedicadas a la protección de Testigos y peritos en causas criminales*, 2001, pág. 136. Para el autor el art. 282.bis de la LECrim supone la habilitación legal de la figura del agente encubierto o infiltrados en las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada, intentando afrontar, dicha regulación *ex novo*, con todas las garantías posibles los problemas que plantea la delincuencia organizada. GRANADOS PÉREZ, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia», en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, 2001, pág.91, establece el mencionado autor que la infiltración policial o agente encubierto como técnica de investigación criminal viene utilizándose desde hace mucho años y venía amparada en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Igualmente el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de marzo de 1992 (Tol 399515); de 2 de julio de 1993 (Tol 400790): «El infiltrado es igualmente, en calidad de testigo, otro factor importante a la hora de constituir la prueba. Si el arrepentido jurídicamente está en conexión con la figura del coimputado, el infiltrado, que a diferencia del anterior no es parte en el proceso, es un testigo evidentemente relevante que ha de ser relacionado con la figura del agente provocador».

⁵⁷ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», en PICO I JUNOY, *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001, pág. 132.

⁵⁸ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 47 y ss. Con respecto a Francia, veremos en el epígrafe siguiente que esta laguna legal se disipó en 2004 con la reforma del Código Procesal penal francés.

la entrega y circulación vigilada⁵⁹. En Italia, la figura del infiltrado, sólo se regula para determinados delitos como son el tráfico de estupefacientes, mafia y prostitución, pornografía infantil, y contra las iniciativas turísticas destinadas al aprovechamiento de la prostitución infantil⁶⁰. Por último, Portugal, donde el infiltrado podía actuar en la investigación del tráfico ilícito de estupefacientes, a través de Decreto-Ley 15/1993 y en los delitos de criminalidad económica y financiera, mediante la Ley n° 36/1994, con la diferencia de que la infiltración policial puede ser realizada por un agente de policía como por un particular⁶¹.

Por último, el tercer bloque conformado por Suiza, Bélgica y los Países Bajos⁶². En estos países, el agente encubierto se admitía jurisprudencialmente pero sin reconocimiento legal. De esta manera, Suiza, desde 1983, permite la actuación del infiltrado en tanto en cuanto esta actuación sea meramente pasiva en el entorno delictivo y siempre que su actuación no implicara la provocación del delito. En Bélgica, la jurisprudencia admitía la infiltración policial siempre que fuera autorizada por el Ministerio Fiscal, que respetara los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, que fuera por un lapso de corta duración y siempre que no entrañe provocación. En los Países Bajos, la construcción jurisprudencial supone que el infiltrado (agente de policía o particular) podrá permanecer dentro de la organización durante un largo período de tiempo siendo, en todo caso, necesaria la previa autorización del fiscal.

Fuera del ámbito de la Unión Europea, encontramos algunos países como Chile o Argentina donde se regula la infiltración policial actualmente. En el ordenamiento chileno, donde la figura se circunscribe al tráfico de droga, se permitió la práctica de la infiltración a

⁵⁹ En 1991, se introduce en Francia la técnica de la infiltración policial mediante la Ley 91-1294, de 19 de diciembre, de refuerzo en la lucha contra el tráfico de estupefacientes. No obstante, la actuación del agente encubierto se reguló de manera indirecta a través de la exención de responsabilidad penal a los agentes policiales que desarrollen determinadas actividades delictivas.

⁶⁰ A través de los Decreto n° 309 de 1990; Decreto-Ley n° 306 de 1992; y la Ley n° 269 de 1998 respectivamente.

⁶¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 58-61.

⁶² GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 61 y ss.

raíz de la Ley de Control de tráfico de estupefacientes 19.933 del año 1993.

No obstante, en el epígrafe siguiente veremos la evolución de algunos de estos ordenamientos que han culminado en la regulación expresa de la infiltración policial.

III. CONTEXTOS ACTUALES DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL

Muchos son los Estados que han acometido las instrucciones dadas por las instituciones europeas para la lucha contra el crimen organizado. Entre estas medidas, se encuentra la regulación de la infiltración policial, objeto de este estudio. A pesar de ello, se hace necesario más rigor, por parte de los ordenamientos internos de cada uno de los Estados, en la lucha contra el crimen organizado. Así, es necesario que la infiltración policial, se regule en aquellos ordenamientos que todavía no la prevén, así como, la precisión en las lagunas que pudieran existir en las regulaciones actuales, siempre dentro del respeto al sistema de garantías, no sólo teórico sino práctico⁶³.

En este contexto, la infiltración policial debe configurarse como uno de los nuevos medios de investigación aptos para la investigación del crimen organizado pues la actuación del infiltrado permite conocer los sujetos situados en la cúpula del entramado, los denominados «hombres de atrás»⁶⁴, conseguir la identidad de los dirigentes y consiguientemente llegar a los medios o canales por los que se desarrollan las conductas delictivas para llegar a su eliminación, lo que supondría poder llegar a la desarticulación total de la organización criminal.

⁶³ No obstante, hay que recordar que la infiltración policial supone un ataque agresivo al sistema de los derechos fundamentales y algunos ordenamientos jurídicos habrán optado por no articularlo en sus ordenamientos para garantizar de manera plena el ejercicio de los derechos fundamentales sin que exista injerencia alguna por parte de los poderes públicos.

⁶⁴ CHOCLÁN MONTALVO, «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?», en *Actualidad Aranzadi*, núm. 488, 2001, pág. 2-3.

Francia, ha incorporado la regulación del agente encubierto a su ordenamiento, mediante Ley número 2004-204, de 9 de marzo sobre la adaptación de la justicia a la evolución de la delincuencia. En Bélgica, se regula la intervención del agente encubierto para delitos circunscritos a la delincuencia organizada al Código de Instrucción Criminal mediante la Ley de 6 de enero de 2003, relativa a los métodos particulares de investigación y algunos otros métodos de investigación. En el derecho Suizo, se dispone la intervención del agente encubierto para la investigación de los delitos relativos al tráfico de drogas.

Además de los Estados miembros de la Unión Europea, en los países latinoamericanos, altamente afectados por la criminalidad organizada, se han promulgado algunas legislaciones tendentes a la articulación del agente encubierto como medio apto para la represión del crimen organizado. Así, Argentina decreta la Ley 24.424, modificando la Ley de estupefacientes; Chile, regula la figura del agente encubierto únicamente para los delitos de tráfico de drogas y sustancias psicotrópicas por la Ley 20.000, de 2 de febrero de 2005, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; Paraguay, determina la regulación de la infiltración policial en la ley n° 1.881/02 que modifica la ley n° 1.340 del 22 de noviembre de 1988 «que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes».

A pesar de todas estas regulaciones internas, se reclama la necesidad de poner en marcha un mecanismo común en aras a la eficaz represión del crimen organizado, pues un factor que caracteriza a determinadas organizaciones criminales es la expansión de sus actividades ilícitas por el territorio de más de un Estado⁶⁵. Por lo que

⁶⁵ En este sentido hay que hacer alusión a los establecido por el Consejo de Europa de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999: «las personas tiene derecho a tienen derecho a esperar que la Unión afronte la amenaza que para su libertad y sus derechos civiles constituye la delincuencia. Para contrarrestar esta amenaza se precisa un esfuerzo común que prevenga y combata la delincuencia y las organizaciones delictivas en toda la Unión. Es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito. Asimismo, estableció que estaba firmemente resuelto a que se refuerce la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional grave. El alto nivel de seguridad

se exige que ante una amenaza transnacional se de una respuesta transnacional que salve el principio de territorialidad vigente en el derecho de la mayoría de los países afectados.

En el ámbito de la Unión Europea, se reconoce la libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios. Esta libertad, conlleva que los grupos organizados aprovechan la oportunidad para cometer delitos⁶⁶. Esta afirmación, no puede empañar ni esta libertad de circulación ni el anhelado espacio de libertad, seguridad y justicia⁶⁷.

A ello, hay que añadir la utilización por parte de los grupos delictivos de las lagunas jurídicas y de las diferencias entre los Estados miembros, explotando así estas divergencias para lograr su impunidad.

Por ello, se hace precisa la adopción de medios comunes que permitan la cooperación policial y judicial en materia penal, para poder hacer frente a esta peligrosa forma de criminalidad y así garantizar

en el espacio de libertad, seguridad y justicia presupone un enfoque eficaz y exhaustivo en la lucha contra todas las formas de delincuencia. Debe lograrse un desarrollo equilibrado de medidas a escala de la Unión contra la delincuencia, protegiendo al mismo tiempo la libertad y los derechos jurídicos de las personas y de los agentes económicos».

⁶⁶ De esto podemos afirmar que los grupos delictivos han aprovechado la libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios para extender más, si cabe, sus acciones delictivas. De este modo, desde la Unión Europea, en aras al respeto del espacio de libertad, seguridad y justicia se exige una eficaz lucha contra el crimen organizado desde instituciones creadas en el seno de una sociedad democrática y donde el sistema de derechos fundamentales y garantías tiene un lugar primordial en la escala de valores. LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 37.

⁶⁷ Así podemos considerar a la *Libertad*, como el vivir en un entorno respetuoso de la ley, con la certeza de que las autoridades públicas recurren a sus poderes colectivos e individuales para hacer frente y frenar a aquellos que pretendan negar esta libertad o abusar de ella. En cuanto a la *seguridad*, el objetivo declarado es prevenir y combatir la delincuencia al nivel que corresponda, para crear un espacio en el que las personas se encuentren protegidas y seguras ya que en caso contrario es imposible disfrutar de los beneficios que derivan de un espacio de libertad [Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia, de 3 de diciembre de 1998 (DOCE C 19)].

un espacio de libertad, seguridad y justicia⁶⁸, pues la coyuntura de que se ha caracterizado el crimen organizado lo convierten en una amenaza incapaz de poder ser abordada por un Estado en solitario⁶⁹. De esta forma, consideramos que la uniformidad conjunta en la búsqueda de mecanismos para reprimir la delincuencia organizada, evitará cualquier ocasión legal de evadir la acción de la justicia.

En este sentido, ponemos de relieve la necesidad de articular estándares comunes sobre legislación penal, procesal, en cuanto a medios de investigación y prueba, pues sólo de esta forma puede reprimirse el crecimiento incesante de la criminalidad de carácter internacional. Esta realidad, nos lleva a afirmar que, la eficaz lucha contra la criminalidad organizada pasa por la adopción de mecanismos comunes de investigación como las operaciones encubiertas entre las que se encuentra la infiltración policial o intervención de los agentes encubiertos.

Además, sería necesario que las diferentes legislaciones de los Estados regularan de igual forma tanto lo relativo al concepto de organización criminal como desarrollo operativo de estos medios de carácter extraordinario, pues sólo así puede conseguirse la finalidad perseguida con la infiltración policial: la eficiente lucha contra el crimen organizado.

⁶⁸ En este sentido, la coordinación y la cooperación entre las autoridades encargadas de la persecución del crimen organizado es determinante para la eficaz lucha contra él pues la complejidad de la organización criminal hace que los delincuentes estén en condiciones de actuar con mayor facilidad ante la desorganización policial y judicial. En ANDRADE, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*,... op. cit., pág. 17. Además debemos tener en consideración otro factor importante en cuanto a la necesidad de cooperación, el idioma. La transnacionalidad o internacionalización del crimen organizado provoca en numerosas ocasiones las fuerzas de seguridad de un Estado concreto, tengan un problema añadido para la lucha de la organización criminal. El desconocimiento del idioma o las costumbres puede producir un efecto perverso en la actuación de un agente infiltrado. Esta situación se solucionaría con la colaboración activa entre los Cuerpos de Seguridad de los Estados.

⁶⁹ SANSÓ-RUBERT, «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno»... op. cit., pág. 44, señala que parece indiscutible que se debe avanzar en la construcción de un orden internacional basado en el orden multilateral efectivo.

Esto evitaría los problemas que puedan surgir en la aplicación práctica y sobre todo los que puedan derivarse de la cooperación policial. La adopción de estándares comunes a todos los Estados, conllevaría la eficiencia de los resultados con independencia del lugar en que se encuentre el centro logístico de la organización, así como, el lugar donde posteriormente se celebre el juicio.

No obstante, el carácter internacional de las organizaciones criminales no se centra en el ámbito de la Unión Europea pues con frecuencia, éstos forman asociaciones dentro y fuera del territorio de la Unión para cometer delitos. Por ello, es necesario que se adopten convenios o acuerdos que refuercen la cooperación policial y judicial en materia penal con países potencialmente afectados por la delincuencia organizada, como por ejemplo: Rusia, China, países latinoamericanos, Caribe⁷⁰. A este respecto, en 1995, los Jefes de Estado y de Gobierno del G-8, constituyeron en la Cumbre de Halifax un grupo de expertos de alto nivel, el denominado Grupo de Lyon, con la misión de analizar y evaluar los instrumentos internacionales existentes y los mecanismos de lucha contra el crimen organizado, y proponer medidas para cubrir los posibles vacíos⁷¹.

⁷⁰ Estos acuerdos adoptados con terceros países para mejorar la cooperación policial y judicial en aras a la lucha contra la delincuencia organizada, pueden ser celebrados de manera unilateral por los Estados, o bien celebrarse entre la Unión Europea y terceros países con acuerdo a lo establecido en el artículo 38 del Tratado de la Unión Europea.

⁷¹ El G-8 está formado por Alemania, Canadá, EE.UU. de América, Francia, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia; además la Comisión Europea también está representada. En la actualidad el Grupo de Lyon se ocupa del fenómeno de la «ciberdelincuencia» de la lucha más eficaz contra la pornografía infantil, entre otros. Debemos poner de relieve también el trabajo llevado a cabo por la región del mar Báltico, el grupo *Task Force Organized Crime*, que se ha convertido en un importante foro para la cooperación práctica en la lucha contra la delincuencia organizada. Los objetivos principales de este grupo consisten en reforzar el intercambio de información relacionado con la delincuencia y realizar operaciones comunes de los departamentos policiales, aduaneros y de protección de fronteras de los Estados participantes (Estados miembros de la UE, Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo, países candidatos a la UE y Rusia). Información recopilada en <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/es/Aussenpolitik/TerrorismusDrogen/org-kriminalitaet.html>. Encontramos además dos Acuerdos celebrados entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América: uno sobre extradición y otro sobre asistencia judicial. El propósito de estos acuerdos es mejorar la

Una vez nos hemos situado en el punto de origen del problema, la delincuencia organizada, nos centraremos en el análisis de la infiltración policial o intervención del agente encubierto desde una perspectiva general. Es decir, haremos una descripción genérica de la figura, para continuar con lo que consideramos el fundamento del infiltrado en el Estado de Derecho. Consideramos a la intervención de un agente encubierto como uno de los pilares básicos en la articulación de la lucha eficaz contra el crimen organizado, que junto a otras medidas de carácter extraordinario como las entregas vigiladas, o los sistemas de inteligencia que nos proporcionan información acerca de la amenaza que supone la organización criminal, así como, de sus características básicas y concretas. La intervención de un agente encubierto supone atacar la organización desde el interior de la misma, situando al Estado en una posición de igualdad frente a los criminales y, sobre todo, frente a la cúpula jerárquica de la misma donde es posible llegar, únicamente, gracias a la intervención del agente encubierto.

IV. DESCRIPCIÓN DE LA FIGURA. RASGOS FUNDAMENTALES

1. Delimitación de la actividad de infiltración como recurso para la investigación del delito

El agente encubierto se configura como el medio necesario para la realización de una actividad de infiltración llevada a cabo por los poderes públicos para la satisfacción de un interés público, la represión y prevención del crimen organizado. Por ello, creemos conveniente comenzar analizando en qué consiste la actividad de infiltración y los diferentes modelos que pueden existir, pues sólo así entenderemos con la suficiente claridad la actividad del agente encubierto.

cooperación para estar en condiciones de luchar con mayor eficacia contra la delincuencia transnacional y el terrorismo, en particular, de 25 de mayo de 2005. Igualmente, se regula la posibilidad de que se creen equipos conjuntos de investigación entre los Estados miembros de la Unión Europea y terceros países, en la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación [DOCE L 162, de 20 de junio de 2002].

Como sabemos, la actividad de infiltración supone la actuación de una persona ocultando su verdadera identidad lo que, en principio, no implica la utilización de una identidad supuesta. Esta actividad, puede tener varios fines que no siempre irán encauzados a la investigación de un hecho delictivo sino que, también, pueden ir encaminados a satisfacer determinados intereses privados.

En este sentido, nos encontramos con diversas actividades que merecen la consideración de infiltración, como por ejemplo, las actuaciones encubiertas de detectives privados que son contratados para investigar determinadas irregularidades en el sector empresarial. A estos detectives infiltrados se les otorga autorización para poder entrar en el centro de trabajo así como para portar una cámara que le permita grabar las imágenes y conversaciones que presencien. Esta actuación se considera lícita sin analizar si esta facultad entra o no dentro del poder del empresario de vigilancia y control de la actividad laboral.

Otro ejemplo de infiltración, provocado por la peligrosidad y los accidentes sucedidos en los estadios de fútbol es, la infiltración de agentes entre el público. Estos infiltrados podrán ser agentes de policía de paisanos o bien agentes de seguridad privada. Estas infiltraciones, como medidas de antiviolencia las ha puesto en marcha Reino Unido. España quiere unirse a esta iniciativa para lo que ha propuesto en el Senado la inclusión de estas medidas, en la Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el Deporte.

Una práctica llevada a cabo en Argentina y que también supone una actividad de infiltración, son las encaminadas a descubrir a los comerciantes que no entregan facturas para evadir el IVA. Para ello los inspectores de la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) que actuarán como agentes encubiertos para evitar los fraudes tributarios. Estos inspectores se harán pasar por clientes, por lo que no gozarán de una identidad supuesta sino que simplemente ocultarán su condición de miembro de la AFIP y su verdadera intención.

EEUU, también ha contribuido a estas infiltraciones no policiales dando cabida a policías jubilados voluntarios que actúan como agentes encubiertos para la investigación del fraude por telemarketing. Estos agentes se harán pasar por consumidores, en principio, interesados por los servicios que le presentan pero con la única finalidad de descubrir a los agentes comerciales que cometen el fraude.

En este orden de cosas, también debemos recordar los trabajos de investigación llevados a cabo por algunos reporteros que se ven obligados a infiltrarse con el fin de poner de relieve a la sociedad algunas cuestiones controvertidas. Estos reportajes, cumplen una función de servicio público al denunciar situaciones graves acontecidas en la sociedad y que en ocasiones son constitutivas de delito. Por ello, la información recabada por los reporteros puede servir como *notitia criminis* para el inicio de una investigación penal.

Ya en el ámbito de la investigación delictiva llevadas a cabo por los poderes públicos, y dentro de las operaciones encubiertas, nos encontramos con las infiltraciones policiales. Debemos distinguir dos tipos: las infiltraciones policiales de corta duración y las infiltraciones policiales de larga duración.

En general, cualquier actividad de infiltración necesita un medio para poder llevarla a cabo, siendo éste la persona física que de manera oculta (bien por ocultar su identidad, bien por ocultar sus verdaderas intenciones o por ambas) entra en un entramado ya sea criminal o empresarial para poder obtener toda la información relevante sobre alguna cuestión en concreto, satisfaciendo así intereses propios o privados de la persona que se infiltra o de quien lo contrata o bien intereses públicos.

Y en este sentido, debemos realizar una clasificación de las técnicas de infiltración que responda a la diferente naturaleza del interés a satisfacer así como del carácter público o privado del sujeto que las desarrolle y donde podamos ubicar todas las actividades anteriormente señaladas. Por ello, debemos distinguir entre las infiltraciones públicas, las semipúblicas, las semiprivadas y las privadas⁷².

En cuanto a las infiltraciones públicas, se definen como aquellas que son desarrolladas por el poder público, normalmente un agente de policía, para la satisfacción del interés público de la prevención y represión del delito. Dentro de esta categoría podemos encuadrar a las infiltraciones policiales que como hemos dicho con anterioridad pueden distinguirse en dos tipos: las de corta duración y las de larga duración.

⁷² Este esquema ha sido planteado por GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, pág. 125-129.

Las infiltraciones policiales de corta duración, las debemos entender como la investigación policial en la que se utilizan medios engañosos, fingiendo intenciones irreales y encaminadas al descubrimiento de los medios, canales o formas por los que el delito, ya cometido, se desenvuelve. Es decir, en estos casos la policía oculta su verdadera condición manifestando de forma engañosa su voluntad de participar en una actividad delictiva⁷³; y las intenciones de su actuación para conseguir toda la información posible sobre las acciones delictivas ya consumadas⁷⁴. Este tipo de operaciones es lo que la Jurisprudencia conoce con el nombre de «agente provocador» o «provocación policial» como tendremos ocasión de profundizar en un momento posterior.

Por otro lado, las infiltraciones policiales de larga duración se identifican con la intervención del agente encubierto, entendido como el agente policial, que ingresará bajo identidad supuesta en el entramado organizativo para la investigación y represión de los delitos cometidos, la prevención de los que se van a cometer, así como la averiguación de toda la información relevante sobre la organización criminal concreta en que se infiltra con el fin de llegar a su total desarticulación.

Además, debemos ubicar en esta categoría las realizadas por agentes policiales que se encuentran en un estadio de fútbol para garantizar la seguridad en él. Y aquellas otras, llevadas a cabo en Argentina por los inspectores de la AFIP para detectar la comisión de delitos contra la Hacienda Pública. En estos casos, los agentes encubiertos son funcionarios públicos que actúan para garantizar la consecución de un interés público.

Por su parte, las infiltraciones semipúblicas son aquellas que se realizan bajo la supervisión y el control del poder público pero

⁷³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial...* op. cit., pág. 164-174. Señala el autor que estas operaciones deben ser diferenciadas de la intervención de un agente encubierto en los términos expresados en la LECrim por diversos motivos como el factor temporal; la presencia del interesado en la esfera personal del investigado; la no existencia de una organización criminal; y la ausencia de peligros para el tráfico jurídico que supone la actuación de una persona bajo identidad supuesta.

⁷⁴ Vid. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 47. El autor se refiere a estas infiltraciones como la actuación del agente meramente encubierto.

llevadas a cabo por particulares para obtener datos de relevancia punible. De este modo, se complace el interés público de represión y prevención de los delitos. No obstante, hay que tener en cuenta que en estas actuaciones, los sujetos colaboran con la justicia siempre bajo la condición de obtener alguna recompensa de carácter pecuniario o procesal-penal. En concreto, nos referimos a la actuación del confidente o del arrepentido que son personas que perteneciendo al ambiente criminal colaboran con las autoridades penales a cambio de algún beneficio llevando a cabo lo que se conoce como «infiltraciones sobrevenidas»⁷⁵.

También quedan incluidas dentro de las infiltraciones semipúblicas, las prácticas llevadas a cabo en EEUU para la investigación del telemarketing. En ellas se utiliza a particulares (en concreto policías jubilados) que bajo el control de las autoridades actúan como agentes encubiertos para detectar la comisión del fraude.

Dentro de las infiltraciones semiprivadas debemos entender ubicadas la actuación de los detectives privados. En su labor de investigación, se infiltran en los ambientes social-empresarial para descubrir ilícitos relacionados con estos ambientes pero que sin duda alguna, tienen evidente repercusión pública. Igualmente, debemos incluir dentro de esta clasificación los trabajos de investigación realizados por periodistas, así como la actuación de los particulares que por motivos personales acceden al descubrimiento de hechos de relevancia penal (caso de padre coraje). En todas ellas, existe una doble satisfacción de intereses. Por un lado, el interés privado que llevan a estas personas a infiltrarse en lugares dispares y variopintos, y, además, el interés público de poner de manifiesto la comisión de un ilícito penal de repercusión pública como pueden ser blanqueo de capitales, el maltrato que se les puede dar a algunos menores de edad en centros educativos, etc.

Para finalizar, las infiltraciones privadas, para la obtención de un beneficio estrictamente privado y personal. En ellas, ubicamos la labor desempeñada por los detectives privados en el ámbito familiar y personal.

Pero con los sujetos ajenos a la función pública que actúan como agentes infiltrados, existe un problema fundamental en torno a la

⁷⁵ Vid. Epígrafe VI del Capítulo I.

admisibilidad como medio probatorio en el juicio oral de las informaciones obtenidas con su actuación.

Hasta aquí, hemos intentado esbozar las diferentes técnicas de infiltración como modo de investigación de delitos. De ello, podemos deducir que no debemos circunscribir la actividad de infiltración a la intervención de un agente encubierto pues, en numerosas ocasiones la participación de personas particulares en colaboración con las autoridades penales, puede ayudar a poner de manifiesto información de repercusión pública y de carácter delictual.

No obstante, a partir de ahora, nos centraremos en las técnicas de investigación policial, en concreto la intervención de los agentes encubiertos en la investigación relacionada con la criminalidad organizada, como objeto principal de este trabajo de investigación, sin perjuicio de que en un momento posterior analicemos las diferencias y similitudes que puedan estimarse entre el agente encubierto y alguno de los personajes a los que hemos hecho alusión.

Con la idea de delimitar el trabajo, nos proponemos emprender el siguiente epígrafe. En él, analizaremos los rasgos característicos de la infiltración policial y del agente encubierto.

2. Rasgos característicos de la infiltración policial

Ya hemos puesto de relieve la importancia de la infiltración policial como medio de investigación circunscrito a la delincuencia organizada, cuya finalidad, es la represión y prevención⁷⁶ de la actividad ilícita llevada a cabo por las organizaciones criminales.

En este momento, es necesario que partamos de la distinción entre agente encubierto e infiltración policial. La infiltración policial, debemos configurarla como la técnica de investigación, mientras que

⁷⁶ Es necesario que realicemos una importante precisión en cuanto a la finalidad de la infiltración policial. La finalidad preventiva hace referencia a la evitación de la consumación de los delitos. Mientras que el fin represivo se configura como un modo de obtener información para facilitársela a las autoridades penales en cuanto a delitos ya consumados. En Alemania y Portugal, se regulan tanto la finalidad represiva como la preventiva. En Austria, sin embargo sólo se regula la infiltración con fines preventivos. En España, sólo con fines represivos.

el agente encubierto es el medio por el que se hace efectiva la infiltración policial.

El agente encubierto, cuando tiene la necesidad de infiltrarse en una organización criminal, actuará bajo la cobertura de una identidad supuesta. De ahí, que uno de los rasgos definitorios de la infiltración policial sea la identidad supuesta, pues es el único modo en que el agente encubierto podrá entrar en el seno de la organización criminal haciéndose pasar por uno de ellos sin levantar sospechas. Es decir, esta identidad protege al infiltrado de posibles ataques a su integridad física o a la de sus familiares. Incluso debemos considerar que este elemento es importante para la consecución de la finalidad de la investigación.

La intervención del agente encubierto tendrá como finalidad principal la obtención de información sobre la organización criminal. En concreto sobre el «*modus operandi*», la identidad de los miembros, los campos delictivos y la estructura del entramado⁷⁷.

Otra de las características básicas de la infiltración policial es la necesidad de que la operación sea llevada a cabo por funcionarios de policía.

Por último, antes de comenzar con el estudio detallado de cada una de las características antes mencionadas, debemos hacer alusión al ámbito de intervención del agente encubierto. Éste se circunscribe a la criminalidad organizada. Fuera de este ámbito el agente encubierto no puede actuar. Esta situación, que se regula en todos los ordenamientos de nuestro entorno, son diferentes en los países anglosajones, llevado a cabo por el *undercover agent*. Estos sujetos también tienen la condición de policía pero su investigación

⁷⁷ DELGADO GARCÍA, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 47 y 59. DELGADO GARCÍA, «El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada»... op. cit., pág. 70. FERNÁNDEZ APARICIO establece que la finalidad de las investigaciones encubiertas resulta obvia: la obtención de pruebas y determinación de los sujetos participantes para proceder a la detención de los mismos, en «El delito provocado y el agente encubierto», *Actualidad Penal*, nº 44, 2002, pág. 1186. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente ...* op. cit., pág. 214. MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España», *Revista ICAM*, núm. 10, 1999, pág. 40. GIBERT POMATA, «La "circulación o entrega vigilada" y el "agente encubierto"», en *ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 55, 2002.

no se ciñe a un caso concreto sino que la infiltración en el ambiente criminal es de carácter genérico⁷⁸. Es decir, la presencia de estos sujetos en los ambientes criminales es permanente.

Sin más, pasamos ahora al estudio de las características definitorias de la infiltración policial o intervención de un agente encubierto. Para ello nos centraremos en el estudio de la identidad supuesta, del secreto-engaño, del marco de actuación del agente encubierto y, por último, la necesidad de que el infiltrado pertenezca a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

A) Identidad supuesta

La infiltración policial supone que un agente de las fuerzas de seguridad, ocultando su condición de policía, entra en contacto con una organización presuntamente criminal, para obtener toda la información relativa a las actividades y a los integrantes de la misma.

Bajo esta premisa, la identidad supuesta, junto con el engaño son dos elementos consustanciales a la infiltración policial.

No obstante, debemos diferenciar dos posibles situaciones en que podemos encontrarnos aunque, en todo caso, habrá que determinar en que casos es necesaria la concesión de la identidad supuesta y en que supuestos basta con la simple ocultación de la identidad propia.

En este sentido, nos encontramos las infiltraciones policiales de corta duración. En ellas, el agente entra en contacto con la organización de manera esporádica y para concretas transacciones. Por ello, no es necesario conceder al agente una identidad supuesta, sino que basta con que oculte su verdadera condición de policía. Actuará para la investigación de delitos de tracto sucesivo, fundamentalmente, para descubrir el *iter criminis* de los mismos.

Por otro lado, encontramos las infiltraciones de larga duración, en las que el agente entra a formar parte de la organización y, por lo que consideramos absolutamente imprescindible una identidad supuesta que dé cobertura a su actuación en el entramado organizativo como si de un miembro más se tratara.

⁷⁸ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 88.

En estas operaciones, donde el agente encubierto entra a formar parte del entramado, la identidad supuesta, le proporcionará cierta protección frente a los miembros de la organización. Igualmente, el riesgo que correría el entorno del agente encubierto si se conociera la verdadera identidad se minimiza al otorgar la identidad ficticia.

Por supuesto, con respecto a los fines de la investigación, la identidad supuesta garantiza o al menos facilita, el adquirir cierta relación de confianza⁷⁹ con los integrantes de la organización, que le permita acceder a partes de la estructura organizativa o a información reservada al exterior y que, de otro modo, hubiera sido imposible de obtener.

De este modo, la identidad supuesta no se trata simplemente de un nombre falso, ocultando la propia personalidad, sino que se legaliza la posibilidad de crear un personaje inseparable en un contexto social donde se comporta de acuerdo con las cualidades, profesión, apetencias y conducta preestablecidas de antemano para garantizar el éxito de la misión cual es la investigación y represión de la actuación delictiva de la organización criminal⁸⁰.

Bajo la cobertura de la identidad supuesta, y siempre que sea necesario para los fines de la investigación, podrá actuar en el tráfico jurídico y económico, para lo que se les deberá proporcionar los documentos acreditativos necesarios de esta nueva identidad⁸¹. Así, el agente deberá contar con el respaldo documental que acrediten esta nueva identidad: DNI, pasaporte, permiso de conducir, incluso cuando sea necesario para salvaguardar los resultados de la investigación y garantizar la protección del agente, se le podrá proporcionar antecedentes penales y policiales necesarios según las actividades

⁷⁹ EDWARDS, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 53. SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 737.

⁸⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...* op. cit., pág. 756.

⁸¹ En este sentido afirma GUARIGLIA, que se deben proporcionar documentos acreditativos de la identidad supuesta pero excluye expresamente la posibilidad de alterar libros públicos y registros. En «El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?». ...op. cit. (versión digital consultada <http://www.cienciaspenales.org>).

y características de la organización con el objetivo de no levantar sospechas.

Pero el agente encubierto no sólo podrá actuar como presunto delincuente. En este sentido, no podemos olvidar que la sofisticación y profesionalidad en la actividad delictiva requieren cada vez más la presencia de profesionales en ámbitos jurídico, informático, empresariales y sanitario, entre otros. Por ello, el infiltrado deberá contar con los documentos que acrediten esta profesionalización correspondientes a su nueva identidad⁸².

Así, debemos partir de la idea de que la infiltración no debe girar en torno a la actuación bajo la cobertura de una identidad supuesta, sino que más bien bajo la cobertura de una personalidad supuesta⁸³. Es decir, no resulta tan importante que se dote al agente encubierto con una identidad ficticia como que oculte su condición de policía.

De este modo, debemos interpretar el término de *identidad supuesta*, en el bien entendido que el agente encubierto no siempre va a ostentar el rol de delincuente sino que, en ocasiones, puede incluso hacerse pasar por agente de policía destinado en la aduana que acepta someterse a un soborno para dejar pasar una maletas repletas de drogas⁸⁴.

Entendemos que en los casos en que sea necesaria el otorgamiento de la identidad supuesta, se deberá a razones de seguridad durante y tras la finalización de la operación. Es por ello por lo que su ausencia en una infiltración de larga duración sería impensable

⁸² Entre otros, este es el motivo por el que no se puede restringir el ámbito subjetivo de la infiltración policial a agentes de determinados cuerpos de seguridad sino que actuará la persona más cualificada según las necesidades de la operación.

⁸³ En este sentido señala MONTERO GÓMEZ, que la identidad ficticia en las infiltraciones a largo término será la traducción no sólo de una simulación documental, sino la adopción de actitudes, motivaciones, emociones y pautas de conductas diferentes a las correspondientes a la personalidad del agente. En «Doctrina de infiltración para Inteligencia contraterrorista», *Athena Intelligence Ocasional paper n.º 13* (4 de septiembre de 2007) <http://www.athenaintelligence.org>.

⁸⁴ Esta circunstancia la puso de relieve la STS de 12 de junio de 2002 (*Tol* 203070).

pues se frustraría todo resultado óptimo para su persecución y posible desarticulación⁸⁵.

En este tipo de operaciones donde el agente encubierto si va a necesitar el uso de una identidad fingida, ésta deberá permanecer durante todo el proceso desde que se otorga para adentrarse en la organización hasta la terminación del juicio oral para la protección del agente encubierto.

Por ello, es previsible que el agente encubierto una vez finalizada la investigación quede bajo el auspicio de la protección de testigos. Así, confirmamos la tesis que se sustenta en la permanencia de la identidad supuesta durante la realización del plenario, siendo necesario que también se prevea la utilización de esta identidad fingida⁸⁶ finalizado el proceso para evitar posibles represalias que puedan ser adoptadas por los miembros de la organización sobre la persona y/o el entorno más cercano del agente encubierto.

En definitiva, en cualquiera de las infiltraciones policiales se oculta la verdadera identidad de la persona del agente encubierto. En unas ocasiones por actuar ocultando su verdadera personalidad, es decir, en las infiltraciones de corta duración por no revelar su nombre verdadero. Y en otras, por actuar bajo una identidad supuesta, la «leyenda» otorgada por el Estado.

B) Secreto-engaño

Si por algo se caracteriza el funcionamiento de las organizaciones criminales, es por su naturaleza clandestina, manteniendo oculta la identidad de sus integrantes, así como, las acciones que llevan a ca-

⁸⁵ Aunque quizás puede pensarse en aquellas situaciones en las que el infiltrado sólo oculta su condición policial, pero no ofrece una identidad nueva, sino sólo un «mote o apodo». En estos casos también nos encontramos ante infiltraciones policiales, pero de corta duración. También cabe la posibilidad de que el agente que se infiltre se haga pasar por policía corrupto, pero en este caso no ofrecer una nueva identidad sería peligroso.

⁸⁶ Es necesario precisar que en aquellos supuestos en los que el agente encubierto tenga que seguir viviendo bajo la protección de una identidad supuesta, debemos entender que ésta no será la misma con la que actuó, sino que las autoridades competentes deben otorgar otra identidad (distinta a la real y la supuesta con la que actuaba) para poder garantizar del todo la protección del agente.

bo. Ello supone que resulte cada vez más difícil la represión criminal de este tipo de conductas criminales⁸⁷. Esta clandestinidad, es uno de los motivos por los que los Estados tienen que buscar medios extraordinarios de investigación para hacer frente a este tipo de criminalidad. En este sentido, el Estado de Derecho permite la utilización de una técnica de investigación y averiguación del delito basada en la identidad supuesta y el uso del engaño para ganar la confianza de los integrantes de la organización⁸⁸.

Toda actividad de infiltración, conlleva un engaño para la persona a la que se investiga. Pero es necesario distinguir entre los términos secreto y engaño. Así, el secreto está muy presente en la investigación criminal, en el desarrollo de un proceso penal, pues se puede decretar el secreto de la investigación. Es más, es habitual que de manera paralela al acordar una infiltración policial se acuerde el secreto de sumario, quedando reservadas todas las actuaciones al exclusivo conocimiento de la autoridad penal que ordene la investigación así como, del acusador público. Pero es que además, en las infiltraciones policiales, la actividad se desarrolla bajo el paraguas del engaño.

Este engaño puede suscitarse en un doble plano: en primer lugar, con respecto a la identidad real que se materializa a través del uso de la identidad supuesta por la que el infiltrado accede al entramado organizativo y forja relaciones de confianza con los miembros de la organización. Y en segundo lugar, respecto a la verdadera intención de la relación que el agente encubierto mantiene con las personas objeto de la investigación.

Que toda infiltración conlleve un engaño no significa que en todas se realice con el mismo grado. Así, en las infiltraciones de larga duración, entendidas como la entrada del agente encubierto en el entramado organizativo por un lapso de tiempo determinado, concurre este doble engaño del que venimos hablando. Por un lado, el

:

⁸⁷ MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España»,... op. cit., pág. 40.

⁸⁸ Así la Ley 5/1999, de 13 de enero, supone dar cobertura legal a la utilización del engaño como método válido por parte del Estado. CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, núm. 10, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 60 y ss.

engaño derivado del uso de la identidad supuesta pues el agente encubierto oculta la verdadera identidad a los miembros de la organización objeto de la investigación penal. Y por otro lado, el engaño que subyace a la ocultación de la verdadera intención con la que se mantiene una relación con los miembros de la organización y, lo que es más importante, la verdadera intención de su entrada en el seno de la organización.

El engaño, en este tipo de operaciones, es necesario para conseguir la confianza de los integrantes de la organización⁸⁹. Es por ello, por lo que algunos autores determinan al agente encubierto como una *mentira viviente* que crea relaciones, penetra en la intimidad, percibe confidencias y presencia escenas a las que en absoluto hubiera tenido acceso de conocerse su verdadera identidad⁹⁰.

En cuanto a las infiltraciones de corta duración, puede considerarse que el engaño tiene una menor intensidad. El agente encubierto oculta su verdadera condición de policía, ya que, si no la ocultara la operación sería un fracaso absoluto. Con la diferencia que no actuará bajo una identidad supuesta sino que al delincuente le dará un apodo, o el nombre, que utilice en los operativos de esta clase. En estas operaciones también está presente el engaño que conduce a ocultar la verdadera intención del negocio que se lleve a cabo entre el agente encubierto y la persona investigada.

Este doble engaño, quiebra en las infiltraciones sobrevenidas, en las que intervienen los confidentes y los arrepentidos, pues en estos casos la identidad de estos sujetos es conocida por los miembros de la organización. En esta clase de actuaciones sólo existe engaño en cuanto a la verdadera intención de permanecer en la organización en el caso del arrepentido; y de su ingreso en el caso del confidente.

La justificación de que los Estados de Derecho modernos acepten el engaño en una técnica de investigación penal se debe a la clandestinidad, sofisticación y alta peligrosidad que representan las nuevas formas de criminalidad organizada.

⁸⁹ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada. Comentario a la Ley 5/1999, de 13 de enero, de...* op. cit., pág. 60.

⁹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 102. SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...* op. cit., pág. 756. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El agente encubierto», en *La Ley*, 1999.

Ahora bien, la aceptación del estado tiene una contrapartida: que este medio de investigación se desarrolla dentro de los parámetros legales, es el establecimiento de un límite infranqueable representado por el principio de subsidiariedad. Es decir, la aplicación restrictiva de este medio de investigación sólo para aquellas situaciones en las que la gravedad y sofisticación de la organización pongan en grave peligro las instituciones del Estado y la protección de la seguridad ciudadana.

En este punto, cabe preguntarse si es legítimo que el Estado utilice el engaño como fundamento de uno de los medios de investigación. Para hallar la respuesta a esta pregunta, debemos recordar que la búsqueda de los Estados de mecanismos eficaces en la lucha de la criminalidad organizada, es necesaria en tanto en cuanto, los grupos organizados explotan la falta de iniciativa política, o las consecuencias imprevistas negativas, así como, los cambios tecnológicos y jurídicos, tal y como pone de manifiesto el Informe de Europol sobre criminalidad organizada de 2004⁹¹.

La seguridad ciudadana, es motivo suficiente para permitir el engaño como técnica para la investigación de las organizaciones criminales. Esta sería la respuesta más fácil y, en parte, no falta de razón. Pero si admitimos esta respuesta de manera tajante, estamos reconociendo como válidos los abusos que los EEUU entre otros están cometiendo bajo el auspicio de la protección de la seguridad ciudadana. En nuestra opinión, esta situación tiene un efecto *boomerang*. Si el propio Estado de manera desproporcionada limita los derechos humanos reconocidos a todos, esto genera inseguridad.

Los Estados democráticos, no pueden recurrir libremente a cualquiera de las medidas de lucha disponibles⁹². Debemos recordar, que el derecho penal y el proceso penal deben garantizar la seguridad ciudadana ante situaciones coyunturales de inestabilidad social co-

⁹¹ Consultar, <http://www.europol.europa.eu/>. Del mismo modo, se pone de relieve esta situación por Sandro Calvani, representante de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, en un estudio sobre la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en el que refleja que la delincuencia organizada aprovecha los avances de toda índole para sofisticar y diversificar su acción criminal.

⁹² BONANATE, «Democracia italiana y terrorismo internacional: ¿quién vencerá el desafío?», En DT núm. 6/07 de 20 de febrero de 2007. <http://www.realinstitutoelcano.org>.

mo la que genera la actuación de las organizaciones criminales en los Estados⁹³. Quizás este contexto es el que provoca cierto recelo a la utilización del engaño como medio de investigación, pero debemos recordar que la actuación de algunas organizaciones criminales se escapa a la eficacia de las tradicionales técnicas de investigación y que ésta puede ser la única forma de acabar con determinados entramados criminales.

Por todo ello, y sin perjuicio de un desarrollo posterior, consideramos que es lícito y legítimo que el Estado se valga de la utilización de agentes encubiertos para la represión del crimen organizado.

Así, siempre que el uso de este engaño se haga respetando las reglas del juego debemos considerar legítimo que los poderes públicos hagan uso de una figura que subyace al engaño como es la infiltración policial.

C) Marco de actuación del agente encubierto

El marco de actuación en la infiltración policial dependerá del rol que adopte el agente encubierto durante el desarrollo de la operación. Anteriormente, hemos determinado que el marco de actuación en las infiltraciones policiales de corta duración se ciñe al mero contacto con el entramado delictivo. Por ello, en este apartado nos centraremos en las infiltraciones policiales de larga duración, que a nuestro entender, son las que reportan una mayor dificultad a la hora de concretar el marco de actuación del infiltrado durante el desarrollo de la investigación.

En este sentido, hay que distinguir dos momentos básicos en la infiltración: un primer momento, de toma de contacto con los integrantes de la organización; y un segundo momento, que dependerá del grado de confianza que el agente encubierto quiera tener (o bien que los integrantes del entramado ofrezcan). Dentro de este segundo momento ubicamos las actuaciones genéricas permitidas y las actuaciones específicas que van más allá del engaño que subyace a la infiltración. Ahora bien, en todo caso, las actuaciones que desarrolle el agente encubierto tienen un límite insoslayable, el respeto al

⁹³ GIMENO SENDRA, «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la seguridad pública». <http://www.iustel.com>.

sistema de garantías que asiste a todo ser humano por más graves o violentas que sean las actividades criminales que haya realizado.

Una de las primeras características que definen la actuación de un agente encubierto, es la actuación bajo la cobertura de una identidad supuesta. Así, el primer bloque de actuaciones que definen este marco y a las que denominaremos actuaciones genéricas permitidas. A estas actuaciones las debemos considerar derivadas exclusivamente del uso de la identidad supuesta.

La mayoría de las legislaciones coinciden en que el infiltrado podrá actuar en el tráfico jurídico y social bajo el amparo de la identidad ficticia. Además, al agente encubierto, se le faculta para adquirir y transportar lo efectos del delito, al igual, que diferir la incautación de los mismos.

El agente encubierto no tendrá ni que solicitar autorización, ni siquiera comunicarlo a priori, tan sólo tiene la obligación de transmitir la información obtenida en el desarrollo de las mismas. Por ello, debemos afirmar que, las actuaciones genéricas se le confieren al agente encubierto con la sola adopción y desde el mismo momento en que se adopta la infiltración policial (con independencia de que en la resolución judicial que autoriza la infiltración policial deban determinarse las actuaciones que el infiltrado pueda desarrollar).

En cambio, fuera del ámbito de las llamadas actuaciones genéricas permitidas, es decir, para la práctica de actuaciones específicas que limiten derechos fundamentales si es necesario, por imperativo legal, que el agente encubierto solicite autorización procedente y además respete el procedimiento que la ley establezca para el efecto. En caso contrario, todo lo que se pueda obtener de manera directa o indirectamente mediante estas actuaciones, devendrá nulo y por tanto, se le impone la prohibición de valoración. Dentro de las actuaciones específicas podemos encontrar el registro domiciliario o la intervención o interceptación de las comunicaciones.

Lo habitual es que estas actuaciones sean llevadas a cabo por agentes ajenos a la infiltración por varios motivos: en primer lugar, para evitar que se frustre la infiltración; en segundo lugar, porque si el agente las realizara su integridad y su vida correrían el riesgo de menoscabarse; y en tercer lugar, porque estas actuaciones pueden desarrollarse durante el transcurso de la infiltración y, que la desarrollen agentes ajenos a la misma, garantizan la continuidad de la actuación del agente infiltrado.

Teniendo en cuenta el marco que define la actuación del infiltrado podemos señalar que la posición del agente encubierto en la organización criminal no es pasiva, de mero observador, sino que además adopta una conducta activa que tendrá diferentes grados dependiendo del rol que el agente adopte en el seno del entramado. Al hilo de la posición activa del infiltrado, se nos suscita la siguiente cuestión: ¿Qué ocurriría si las actuaciones que desempeña el agente encubierto suponen la comisión de un hecho delictivo o bien, se pasa al otro bando, es decir, se convierte en infiltrado en el Estado al servicio de la organización? El Estado permite su presencia engañosa para la investigación de organizaciones criminales potencialmente lesivas pero, también, tiene que imponer unos determinados límites en cuanto a la actuación ilícita del infiltrado. Así, la respuesta dependerá de si las conductas delictivas son consecuencias de la investigación o no. Es decir, se prevé una exención de responsabilidad para el agente encubierto por aquellas conductas delictivas que sean necesarias para el fin de la investigación, garantizar su propia seguridad o la de otras personas implicadas en la operación. Para que sea aplicable esta exención de responsabilidad penal, será necesario que las conductas penales que se cometan por el agente no sean más graves que las infracciones para las cuales se aplica la infiltración. No obstante, si la conducta sobrepasa la finalidad de la infiltración, el agente encubierto, responderá penalmente⁹⁴. No obstante, este punto será tratado con más detenimiento en el último capítulo de este trabajo.

En cuanto al riesgo de que se convierta en infiltrado de la organización en las instituciones del Estado, deben imponerse métodos para detectar tales conductas como por ejemplo las denominadas pruebas de integridad que desarrollaremos en el capítulo tercero.

D) Necesidad de que el agente encubierto sea policía

La mayoría de las legislaciones existentes sobre la materia objeto de investigación, coinciden con que las labores de agente encubierto

⁹⁴ Llama la atención las disposiciones establecidas al respecto en el ordenamiento Belga que establece que las conductas delictivas que desarrolle el agente encubierto deberán ser autorizadas por el Fiscal. Y en el caso que urgencia de las mismas deberá informar si demora las infracciones que cometieron.

deben ser desarrolladas por una persona perteneciente a la función pública, concretamente un agente policial. De este modo, a excepción del estado danés, donde se permite que la infiltración policial sea llevada a cabo por particulares, el resto de los ordenamientos como Alemania, España, Bélgica, Suiza, Francia, Italia, Chile, Argentina, entre otros, hacen recaer el trabajo de agente encubierto a las fuerzas de seguridad de los diferentes Estados.

La condición de agente encubierto lleva consigo una serie de riesgos que sólo pueden ser asumibles por un agente de las fuerzas de seguridad de los Estados. En este sentido, consideramos que la actuación de los particulares debe quedar al margen.

Otro de los motivos por lo que debemos circunscribir la condición de agente encubierto a los agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, es que se presume de su trabajo diario, un conocimiento de las reglas básicas del proceso penal, en cuanto al significado de la limitación de derechos fundamentales. Estas reglas son desconocidas por la mayoría de los ciudadanos. Por ello, el Estado no puede asumir el riesgo de que los particulares se infiltren en determinados entramados criminales pues su actuación podría implicar la limitación, desconocida, de los derechos fundamentales y ello conllevar a declarar nula toda la información obtenida durante la investigación viéndose afectadas todas las expectativas de declarar a los sujetos investigados culpables por no haber conseguido la enervación de la presunción de inocencia.

Igualmente, debemos recordar que la participación de particulares en la investigación penal realizando labores de infiltración, se deben calificar como infiltraciones semipúblicas o infiltraciones sobrevenidas practicadas por los confidentes y arrepentidos con el consentimiento y bajo el control y dirección de los poderes públicos. O infiltraciones semiprivadas, cuando nos referimos a particulares que por diversos motivos deciden infiltrarse para descubrir algún hecho de relevancia penal (caso de padre coraje⁹⁵).

En definitiva, parece razonable que el papel de agente encubierto, siendo ésta una técnica de investigación propia de la delincuencia organizada, sea practicado estricta y únicamente por miembros de

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2000 (Tol 273011)

la Seguridad del Estado especialmente seleccionados⁹⁶ pues éstos son considerados como el instrumento imprescindible para la investigación criminal con las garantías que merecen los ciudadanos⁹⁷. Es más, otro fundamento para sostener esta afirmación deviene del carácter voluntario que se dispensa a la práctica como agente encubierto debido a la peligrosidad que entraña la infiltración policial⁹⁸. Por ello, debemos colegir que, si la peligrosidad es un factor para declarar la voluntariedad de infiltrarse en el seno de la organización, creemos que éste debe ser fundamento suficiente para que el Estado, no pueda reclamar la intervención de particulares para infiltrarse en el seno de la organización criminal.

⁹⁶ ALONSO PÉREZ; *Medios de investigación en el proceso penal. Legislaciones, comentarios, Jurisprudencia, formularios*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 559. Pertenecerán al cuerpo de Policía Judicial aquellos miembros de cuerpos policiales que conforme a la Ley 2/1986, de 13 de marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de seguridad, tengan encomendado funciones de investigación respecto de los hechos delictivos comprendidos en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley. Además el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en reunión del día 14 de noviembre de 2003 y la Consulta 2/1999 de la Fiscalía General del Estado, reconoce al Servicio de Vigilancia Aduanera la condición de Policía judicial para la investigación del delito de contrabando y sus conexos, de acuerdo con la Disposición Adicional 1ª de la Ley orgánica 12/1995, en el Decreto 319/1982, de 12 de febrero, de reestructuración del Servicio y en el Acuerdo de Schengen, tal y como dispone la Consulta 2/1999, relativa al *El servicio de vigilancia aduanera como policía judicial*. Sin embargo, existen otras posturas como la de PÉREZ ARROYO, el cual establece que podrán actuar como agentes encubiertos los particulares y que lo importante, en este caso, es que funcionalmente obedezcan las instrucciones del Estado representados en la labor de lucha contra por la policía. Es decir, que éstos sean los que tengan el control y dominio funcional de la actividad encubierta de aquellos, en «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el derecho penal y procesal penal», en *La Ley*, 2000, pág. 1785.

⁹⁷ PECES MORATE; «Más sobre la policía judicial» *Jueces para la democracia*, 1987, núm. 1, pág. 13-15.

⁹⁸ MARTÍNEZ PÉREZ; *Policía judicial y Constitución*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 400. En este sentido también REY HUIDOBRO; *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 332. dice el autor que es consecuencia de lo arriesgado de la operación encubierta, por lo que el precepto establece que ningún funcionario de la policía judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

V. FUNDAMENTO DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ESTADO DE DERECHO

El propósito de este apartado es resolver la incógnita suscitada en torno a la utilización de la infiltración policial para la investigación, represión y prevención del crimen organizado, teniendo en cuenta, que esta técnica puede plantear problemas graves en la medida en que puede alterar las reglas generales del proceso⁹⁹. De igual forma, debemos tener en consideración los motivos de por qué se adopta la infiltración policial en cada caso concreto, es decir, en qué circunstancias se podrá adoptar la intervención de un agente encubierto.

El fenómeno del crimen organizado, como ya dijimos, no es nuevo, pero hoy en día es mucho más agresivo pues provoca en los Estados el decaimiento de sus pilares generando, así, una situación de inseguridad nacional. Es capaz de infiltrarse en las instituciones públicas y, buscando su beneficio, llegar a corromperlas.

El motivo de esta expansión cualitativa del fenómeno de la criminalidad organizada, hay que buscarlo en el fenómeno de la globalización. Este factor, unido a la supresión de fronteras interiores en el ámbito de la Unión Europea —que indudablemente han generado un espacio único han beneficiado notablemente a las sociedades democráticas— han provocado un aspecto negativo centrado en la globalización de la criminalidad. De este modo, las organizaciones criminales se han beneficiado, al igual que el resto de los ciudadanos, de los adelantos científicos y tecnológicos para cometer ciertos ilícitos y eludir la acción de la justicia¹⁰⁰.

⁹⁹ Señala, en este sentido, DELGADO MARTÍN que la figura del agente encubierto, se apuntan como agresiva con grave quiebra de los derechos fundamentales. Sin embargo, resalta, que deberán admitirse en tanto en cuanto, estén acompañadas de medidas que mitiguen sus efectos negativos, especialmente a través del control judicial continuo al desarrollo de la medida, en «El problema actual de la criminalidad organizada. El agente encubierto», En PICO I JUNOY (dir.), *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001, pág. 98. GUZMÁN FLUJA; «El agente encubierto y garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 203-204. BARBERO SANTOS; «Presentación», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla La Mancha, 1999, pág. 6.

¹⁰⁰ Vid. CHOCLAN MONTALVO; *La criminalidad organizada* ... op. cit. pág. 60 y ss.

Además, hay que tener en consideración que los grupos delictivos organizados actúan con una capacidad superior a la de los propios Estados, aprovechando las oportunidades que le brindan las nuevas economías: y los avances tecnológicos¹⁰¹ y de las comunicaciones, a lo que hay que sumarle, la creciente tendencia a una estructura flexible de los entramados presuntamente criminales que hacen más difícil, si cabe, la represión y persecución de los mismos.

Así, teniendo en cuenta el avance y constante cambio a que están sometidas las organizaciones criminales, la infiltración policial surge como un medio apto para su investigación como consecuencia de la insuficiencia de las tradicionales técnicas de investigación frente a las mismas. Por ello, la postura de los legisladores a la hora de instrumentalizar la actuación del agente encubierto se debe a razones de política criminal que no sólo debe ir encauzada a la actuación represiva de los poderes públicos frente al crimen organizado sino que también, deberían ir encaminadas a adoptar medidas suficientes para reforzar la prevención de estas actuaciones ilícitas.

Como sabemos, la infiltración policial se sitúa en el seno de un proceso penal. En este sentido, como ha puesto de relieve la Jurisprudencia: «el proceso penal, en un Estado social y democrático de derecho como que consagra nuestra Constitución, debe configurarse como un instrumento de tutela de los valores constitucionales superiores que articulen un sistema de garantías vertebrado en torno al artículo 24 de la CE, conciliador del respeto a los derechos fundamentales del imputado»¹⁰². Por encontrarnos en un Estado de Derecho, debemos afirmar que por más agresivas que sean la actuación de las organizaciones criminales no se justifica de ningún modo, el recurso de la violencia o medidas que en absoluto respetan los más básicos derechos fundamentales pues el Estado debe velar por el eficaz ejercicio de las garantías procesales y materiales de las personas objeto de investigación, garantizándose así la intervención mínima de los poderes públicos en la vida privada de las personas. Pero tampoco pueden convertirse las garantías fundamentales en

¹⁰¹ Según el Informe de Europol de 2003, las nuevas tecnologías han proporcionado numerosas oportunidades y un amplio escenario a los grupos delictivos que utilizan «identidades virtuales» con las que podrán ocultar tanto las actividades delictivas como a los delincuentes.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2000 (Tol 273011).

un pretexto que reste eficacia a la función represiva del proceso penal y concretamente de la infiltración policial.

Es indudable el perjuicio que causan las actuaciones de las organizaciones criminales para la sociedad, pero también es claro que el Estado no puede hacer uso de medidas ilegítimas para hacer frente a este tipo de criminalidad, no puede legitimar el uso de medidas desproporcionadas para conseguir su fin. Y es, desde este plano, donde debemos encontrar la legitimación del engaño como modo de investigación de los hechos delictivos, pues de lo contrario estaríamos frente a una técnica procesal propia del derecho procesal penal del enemigo conformes a la teoría de la tolerancia cero¹⁰³.

En cierta forma, el peligro que entraña la actuación de las organizaciones criminales debe tenerse como punto de partida a la legitimidad de la figura del agente encubierto pues, la actuación de las mismas hace peligrar la seguridad nacional¹⁰⁴ y los principios rectores en los que se inspiran el Estado social y democrático de Derecho¹⁰⁵.

Igualmente, debemos tener en consideración el carácter cerrado, hermético, jerárquico e inflexible de las organizaciones criminales

¹⁰³ A este respecto, Vid. MUÑOZ CONDE; «De la "Tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo"», <http://www.iustel.com>. SOTOMAYOR ACOSTA, «¿El derecho penal garantista en retirada?», *Revista penal*, n° 21, 2008.

¹⁰⁴ Cuando se comete un hecho delictivo se genera un conflicto y el proceso penal se configura como el método de solucionar los conflictos derivados de la comisión de ilícitos penales. En este sentido, cuando la organización criminal perpetra un hecho delictivo se forja, además del conflicto jurídico por contravención de las normas, una sensación de inseguridad nacional y que deberá ser restituida por proceso penal. Es decir, la sociedad se sentirá más segura si las acciones cometidas por organizaciones criminales reciben su castigo. En este sentido ver DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, *Derecho procesal penal (Manual para criminólogos y policías)*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 33 y ss. MORENO CATENA (CORTÉS DOMÍNGUEZ; GIMENO SENDRA); *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 46 y ss (en cuanto a las funciones del proceso penal).

¹⁰⁵ De este modo, la Ley persigue con las nuevas medidas legales incorporadas al ordenamiento, combatir más eficazmente las actividades propias de la delincuencia organizada. RIFÁ SOLER; «La figura del infiltrado como sujeto de protección», en *Jornadas internacionales de derecho procesal*, volumen correspondiente a la *Protección de testigos y peritos en causas criminales*, 2001, pág. 138.

que favorecen a que los miembros que la componen eludan la acción de la justicia.

Dicho esto, la infiltración policial se determina como una técnica de investigación más agresiva para el sistema de garantías que las técnicas de investigación conocidas hasta ahora. Y como posteriormente desarrollaremos, el permitir la intervención de un agente encubierto supone un deslizamiento de la balanza, al lado del *ius puniendi* del Estado. Esta amplitud de la zona de equilibrio debe tener alguna carga en el otro lado, que nos permita verificar que se respetan todos los postulados del Estado de Derecho. De este modo, la infiltración policial debe ser aplicada de manera excepcional, sólo para la investigación de determinados grupos criminales con unas concretas características que evidencien la imposibilidad de ser investigado por otros medios, y la real y potencial peligrosidad que supone su actuación en la nación, tanto para las instituciones públicas, como para los ciudadanos. Por ello, podemos deducir que la adopción de una infiltración policial dependerá de las características propias de cada uno de los grupos criminales.

Así, creemos conveniente, sin prejuicio de desarrollarlo en un momento posterior, apuntar aquellas características de los grupos delictivos organizados que favorecen la adopción de la infiltración policial para su investigación.

En primer lugar, resulta relevante la estructura de la organización. Si hace años la estructura predominante era la jerárquica, en la que existía un núcleo de poder, hoy en día la que impera es la estructura flexible, con estructura celular en la que no es tan evidente la cadena de mando. En nuestra opinión, es evidente que la adopción de la infiltración policial no puede depender únicamente de este factor pues ambas tienen fundamento suficiente para ser objeto de la intervención de un agente encubierto. La primera por la dificultad que entraña conocer la identidad del núcleo de poder¹⁰⁶,

¹⁰⁶ A este respecto señala MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS que la comisión de delitos a través de una estructura jerárquica compleja basada en los principios de división del trabajo y de jerarquía presenta sus propios problemas a nivel de autoría y participación. En estos casos suele ocurrir que aquellas personas que ocupan puestos inferiores en la cadena de producción son responsabilizados por el resultado lesivo por ser quienes ejecutan materialmente el delito y, por el contrario, los altos cargos directivos quedan

y la segunda, por el problema que plantea el determinar el grupo real al que pertenece cada célula y la dimensión en sí misma de la organización¹⁰⁷.

En este orden de cosas, existirán algunas estructuras organizativas donde la intervención de las comunicaciones se ha revelado como instrumento eficaz en la persecución de las más graves formas de la delincuencia, en especial frente a la delincuencia organizada. O por ejemplo, en estructuras criminales rígidas que se guardan celosamente de las infiltraciones de terceros actuará con eficacia la vigilancia electrónica o *electronic surveillance*¹⁰⁸.

En segundo lugar, habrá de tenerse en cuenta la agresividad o violencia que presenta la organización tanto para el exterior como para el interior del entramado¹⁰⁹. A ello, habrá que conectar un tercer elemento característico relativo a la gravedad del acto delictivo. La existencia y actuación de las organizaciones criminales afecta negativamente a sectores enteros de la vida productiva, social e institucional, es decir, al orden socio-económico del Estado¹¹⁰, puesto

impunes pese a que lo diseñan y planifican. En Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas, Tirant Monografías, Valencia, 2002, pág. 41. Vid. ROXIN, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», En *Revista Penal*, nº 5, 2001. MUÑOZ CONDE; «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada» en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

¹⁰⁷ Además, los miembros de estas organizaciones flexibles, trabajan en pequeños grupos que se desplazan rápidamente pero nunca permanecen mucho tiempo en un lugar. Según el Informe de Europol de 2003.

¹⁰⁸ WILLIAM NARDINI; «The prosecutor's toolbox. Investigating and prosecuting Organized Crime in the United States», en *Journal of International Criminal Justice*, Julio, 2006. El autor pone de manifiesto que la represión del crimen organizado por parte de los EEUU se hace utilizando los undercover agents, pero que esta técnica es de gran riesgo para los agentes infiltrados, la cooperación de testigos (cooperating witnesses) y la vigilancia electrónica que dadas las nuevas estructuras criminales es la que reviste menos riesgo para los investigadores.

¹⁰⁹ La violencia interna se refiere a la que se aplica a aquellos miembros de la organización que han desobedecido las reglas de su código interno.

¹¹⁰ Para CHOCLÁN MONTALVO; la delincuencia organizada se presenta como un potencial lesivo de gran magnitud, creando no sólo la inseguridad ciudadana, sino la inseguridad de la propia clase política por su incidencia en el mismo sistema político y en el sistema económico y social, lo que

que, constituyen un sistema económico clandestino que supera el producto nacional bruto de algunos países. Los bienes que se ofrecen por las organizaciones criminales, son bienes ilícitos, cuyo intercambio ha provocado un nuevo sector de la actividad económica¹¹¹.

De este modo, parece ineludible desde esta perspectiva la necesidad de frenar la actuación en el tráfico jurídico y económico de las organizaciones criminales puesto que la sociedad se encuentra acosada por ciertos hechos especialmente graves (narcotráfico, terrorismo, tráfico ilegal de personas...) ¹¹². Pero a esta afectación negativa del sistema económico, hay que unirle una categoría, que a nuestro modo de ver afecta más gravemente al conjunto de la sociedad. Nos referimos a aquellas conductas relacionadas con el terrorismo, el tráfico de personas, especialmente niños y mujeres. Desgraciadamente, son cada vez más las organizaciones criminales que explotan estas formas delictivas para obtener el máximo beneficio económico. Por todo ello, desde este punto de vista la reacción frente a la delincuencia organizada no solo se dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social¹¹³.

En cuarto lugar, las organizaciones que pueden resultar ser más peligrosas son aquellas que se infiltran en las instituciones del Estado logrando la corrupción de las mismas. Al tiempo que se ro-

provocará una reacción severa de la Política criminal. En *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*,... op. cit., pág. 7.

¹¹¹ BARBERO SANTOS; «Presentación», en *Criminalidad Organizada*... op. cit., pág. 6. BLANCO CORDERO; «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de la Ley Penal en el espacio», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI...* op. cit., pág. 20.

¹¹² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ; «El "agente encubierto" y la "entrega vigilada" (Comentario a la Ley 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad Castilla La Mancha, 1999, pág. 93.

¹¹³ CHOCLÁN MONTALVO; «Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación». En *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 2, 2001, pág. 218.

dean con un aura de legalidad bajo la que seguirán cometiendo todos los actos delictivos.

En definitiva, el fundamento de la implantación de la infiltración policial en los diferentes ordenamientos jurídicos la hallaremos en la combinación de dos factores fundamentales. Por un lado, en la peligrosidad que supone la actuación de las organizaciones criminales para las instituciones del Estado y para la seguridad de la comunidad, teniendo en cuenta la desestabilización que las nuevas formas de criminalidad provocan en él. Y por otro, en la insuficiencia de las tradicionales técnicas de investigación frente a esta gravísima forma de delincuencia¹¹⁴.

Así, podemos deducir que el fundamento de la infiltración policial en el Estado de Derecho se encuentra en la propia naturaleza del crimen organizado, así como, la peligrosidad de sus actuaciones, no sólo en lo que respecta a la protección de la seguridad ciudadana que se ve en entredicho, sino también en lo que refiere a la implicación de las instituciones públicas para el favorecimiento de esta criminalidad. En este sentido, señala SEQUEROS, que la medida de la infiltración policial está destinada a *robustecer la contención de la delincuencia organizada*¹¹⁵.

Está claro que la reacción frente a estas formas de criminalidad no resulta fácil, sobre todo el entender que por más abyectas que sean las conductas delictivas hay que respetar el sistema de garantías que pueden verse afectadas con la intervención del agente encubierto. De esta forma, este tema se configura como un tema harto peliagudo pues se entiende que el respeto de los derechos fundamentales con la infiltración policial se encuentra en el límite. En este sentido, la utilización del secreto para la investigación penal no es

¹¹⁴ FERNÁNDEZ APARICIO, ha puesto de relieve que la criminalidad organizada manifiesta la insuficiencia de los métodos tradicionales de investigación policial, al menos para descubrir a los auténticos capos y promotores de las organizaciones criminales, en «El delito provocado y el agente encubierto»... op. cit., pág. 1186.

¹¹⁵ SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*... op. cit., pág. 735. En este sentido establece RIFÁ SOLER, que la ley persigue con las nuevas medidas legales incorporadas al ordenamiento, combatir más eficazmente las actividades propias de la delincuencia organizada, en «La figura del infiltrado como sujeto de protección»,... op. cit., pág. 138.

novedosa pues en numerosos procesos penales se decreta el secreto de sumario. Pero la infiltración policial supone algo más que el desconocimiento de las diligencias llevadas a cabo en la investigación hasta no levantarse el secreto sumarial. Supone, la injerencia o penetración del poder público en las relaciones personales, profesionales y sociales de las personas investigados. No obstante, es necesario que admitamos la restricción de determinados derechos fundamentales para la investigación de determinadas formas graves de criminalidad, ya que éstos no pueden ser un obstáculo insuperable para el castigo de los culpables¹¹⁶.

Además, teniendo en cuenta las características de las organizaciones criminales que permiten expandir sus efectos a todos los sectores de las sociedades actuales, afectando a valores tan importantes como la vida, la economía, el medio ambiente, la salud pública, el orden político y social, junto con la tendencia cambiante de las estructuras de los entramados y la actuación, desde el punto de vista jurídico procesal, elevando a ciencia la cultura de la supresión de la prueba¹¹⁷, hacen que, ante determinadas formas de crimen organizado, las medidas tradicionales de represión fracasen totalmente¹¹⁸. Con carácter general las tradicionales técnicas de investigación no son suficientes para la investigación de las organizaciones criminales pues con ellas no es posible la obtención de datos sobre la estructura de la organización, las acciones cometidas y las que aun están en preparación y del *modus operandi* de las mismas¹¹⁹.

¹¹⁶ AGUILERA DE PAZ; *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Reus, 1925.

¹¹⁷ FASSONE; «La valoración de la prueba en los procesos ante criminalidad organizada», op. cit., pág. 115.

¹¹⁸ SCHNEIDER; «Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 723-724.

¹¹⁹ No obstante, en algunas operaciones llevadas a cabo por la policía contra la organización terrorista ETA se ha podido obtener mediante un registro domiciliario importante información sobre los futuros objetivos de la organización (Vid. El País de 3 de abril de 2007). Por ello habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para poder establecer la insuficiencia o no de las tradicionales técnicas de investigación frente a la criminalidad organizada. Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ; «Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la "entrega vigilada" y el "agente encubierto"»... op. cit., pág. 4, donde el autor manifiesta que la actuación del agente encubierto se generaliza con la aparición de estructuras criminales organizadas, de forma,

En ese sentido, los presupuestos del Estado de Derecho, y en particular la protección de los derechos fundamentales no deben presentarse enfrentados a la eficacia policial¹²⁰. Siempre que sea respetado el sistema de garantías fundamentales que asiste a toda persona, la investigación mediante agentes encubiertos quedará dentro de los parámetros de la legalidad y, por tanto, conforme a Derecho. Igualmente, debemos matizar dos cuestiones básicas que connotan los motivos en que se amparan esta afirmación: en primer lugar, que no todas las infiltraciones policiales practicadas conllevan el mismo grado de afectación de derechos fundamentales como veremos en el capítulo siguiente, al hilo del análisis de la «zona de equilibrio»; y en segundo lugar, que la infiltración policial no se utilizará de manera indiscriminada para la investigación de cualquier tipo de organización criminal. Esta afirmación se debe a la combinación de dos factores fundamentales: uno, la circunscripción que hace el legislador a la hora de regular la infiltración policial, respetando el principio de proporcionalidad¹²¹; otro relativo a la necesidad de que la organización criminal responda a determinados parámetros de gravedad.

a veces, extremadamente compleja, dotadas de medios humanos y materiales verdaderamente importantes, cerradas al exterior hasta el punto de extenderse en la sociedad la creencia de la inmunidad frente a los métodos tradicionales de investigación.

¹²⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ; *La moderna problemática jurídico-penal del agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 25. Establece el autor que es indiscutible que la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la sociedad sólo pueda ser garantizada frente a las formas modernas de criminalidad organizada con la ayuda de métodos encubiertos de investigación, y que una prohibición indiscriminada de éstos métodos no puede ser considerada desde el punto de vista político criminal, pero también son evidentes los inmensos peligros que para la libertad representa esta forma de lucha contra la criminalidad, y consecuentemente la necesidad de fijar legalmente sus presupuestos y de establecer los medios institucionales para evitar un mal uso.

¹²¹ En las diferentes legislaciones que hemos estudiado, la infiltración policial sólo se podrá adoptar cuando la organización criminal cometa concretas actuaciones delictivas previstas. En España, los delitos determinados en el art. 282. bis LECrim; en Italia sólo se podrá investigar mediante agentes encubiertos los delitos de tráfico de drogas y la pornografía infantil; en Francia los delitos establecidos en el artículo 706-73 del Código Procesal Penal Francés.

De esta forma, sólo si entendemos en estos términos la infiltración policial, o más bien su presencia en los diferentes textos normativos, podremos aceptarla como un medio legítimo en el Estado de derecho.

La infiltración policial, por tanto, se debe a la necesidad de los Estados modernos de luchar contra la criminalidad organizada real y potencialmente grave que afecta de manera indiscriminada al conjunto de ciudadanos evitando el normal y evolutivo desarrollo de las instituciones públicas y de la propia sociedad¹²². Y este es el motivo de que en los diferentes ordenamientos jurídicos se reconozcan nuevas técnicas de investigación calificadas como *extraordinarias*¹²³. En este sentido, el TEDH, reconoce como legítima la lucha de la sociedad democrática para protegerse de este tipo de criminalidad, y la califica como verdadero interés público quedando así justificada la restricción de los derechos fundamentales por la gravedad y circunstancias del caso concreto¹²⁴.

Así el agente encubierto, se configura, en el ordenamiento jurídico, como uno de los instrumentos para hacer efectivo el gran desafío de la sociedad moderna contra la acción de estas organizaciones¹²⁵.

¹²² GIMENO SENDRA; *Derecho procesal...* op. cit., pág. 405 (junto con MORENO CATENA Y CORTES DOMÍNGUEZ), señala que la infiltración policial surge como respuesta a ese fenómeno social compatibilizándolo con el respeto de los derechos fundamentales.

¹²³ No obstante, hay que tener presente reformas tendentes a la lucha contra la criminalidad organizada no sólo se han producido en el ámbito formal o procesal sino que también en ámbito penal al haberse producido un endurecimiento de las penas a imponer, y por desgracia del resurgimiento del derecho penal del enemigo. Vid. MUÑOZ CONDE; *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*,... op. cit. HASSEMER; «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada» en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, núm. 14, 1997. SILVA SÁNCHEZ; *La expansión del derecho penal...* op. cit., pág. 183-188.

¹²⁴ REMOTTI CARBONELL; *Constitución y medidas contra el terrorismo*, Colex, Madrid, 1999, pág. 155. En la STEDH 26/1998, de 9 de junio [Caso Teixeira de Castro contra Portugal], de establece que: «la expansión de la delincuencia organizada lleva a no dudar de la adopción de medidas apropiadas... en una sociedad democrática...». Medidas apropiadas como la intervención de agentes infiltrados, tal y como se refleja en el punto 36 de dicha sentencia.

¹²⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «El “agente encubierto” y la “entrega vigilada” (Comentario a la Ley 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley

España, al igual que otras naciones miembros de la UE se comprometen a implantar las medidas instrumentales necesarias para atajar el incesante crecimiento de las organizaciones criminales¹²⁶. La aplicación de esta medida debe ser entendida con carácter excepcional, sólo para aquellas manifestaciones de criminalidad organizada que sean verdaderamente graves y dañinas para la sociedad no pudiéndose, por ende, aplicar de manera generalizada a todas las organizaciones criminales pues si así fuera, este medio de investigación se convertiría en una medida de carácter policial propia de los Estados autoritarios. Así, debemos rechazar la idea de que la infiltración es consecuencia del nacimiento de un derecho procesal penal a «dos velocidades» porque, en nuestra opinión, el nacimiento de un proceso penal a dos velocidades (uno para la delincuencia normal y otro para la delincuencia organizada¹²⁷), supondría que no todos somos iguales ante la ley afectando, por tanto, al principio de igualdad configurado como pilar básico en el Estado de Derecho¹²⁸. Además,

de Enjuiciamiento Criminal)»... op. cit., pág. 92. Es evidente que la implantación de la figura del agente encubierto no es la única solución adoptada para luchar contra las organizaciones criminales. De este modo, la entrega vigilada o el endurecimiento de las penas se han adoptado también con este fin; la cooperación judicial y policial en el seno de la Unión Europea mediante los llamados *equipos conjuntos de investigación*.

¹²⁶ El compromiso de los Estado Miembros de la UE a implantar los mecanismos eficaces para frenar el crecimiento de la delincuencia organizada, se adquirió por el Convenio ya en 1988 cuando se celebró la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

¹²⁷ Está claro que no aceptamos la teoría del derecho procesal penal a dos velocidades. Entre otras cosas porque no se puede delimitar al sujeto activo que comete la infracción penal, sino en todo caso, a la gravedad del hecho. Es decir, en caso de que aceptáremos la premisa de un derecho procesal penal diferente circunscrito a la delincuencia organizada, estaríamos admitiendo que dos hechos igual de graves tengan una respuesta jurídica diferente (tal y como ocurre hoy en día con la violencia de género en España). Esto sólo generaría, a los ciudadanos, un mayor sentimiento de inseguridad jurídica.

¹²⁸ Vid. GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 75. Establece el autor que todos los ciudadanos que intervengan en un proceso penal, han de recibir idéntico tratamiento procesal por parte de los órganos de la jurisdicción penal. TIEDEMANN; «El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, GÓMEZ COLOMER Y GONZÁLEZ CUSSAX (Coord.); Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, manifiesta la necesidad de reforzar el

ello conllevaría a afirmar que la intervención del agente encubierto supone una reducción de las garantías procesales presentes en toda investigación penal¹²⁹. Estas causas, nos llevan a afirmar que lo más coherente, es reducir el ámbito de aplicación de la infiltración policial sólo a aquellas manifestaciones de la criminalidad organizada especialmente grave y prejudicial para la sociedad lo que no implica la aplicación de un derecho procesal penal diferente.

En conclusión, la adopción de medidas tendentes a la represión y prevención del crimen organizado responden a que la ausencia de respuesta a la criminalidad organizada provocaría que determinados Estados se convirtieran en paraísos jurídico-penales¹³⁰. Esta situación conllevaría al afincamiento de las organizaciones criminales en ellos, debilitando no sólo su sector económico sino de todas las instituciones públicas. En este sentido, los perjuicios serían cada vez mayores pues ya no sólo se tendría que luchar contra el crimen organizado, sino además contra las mismas instituciones públicas que movidas por el ánimo corrupto propulsarían la situación de inseguridad jurídica y ciudadana. Y en último lugar, el problema de la transnacionalidad. Es decir, si la organización no es detenida, los perjuicios que conlleva la organización criminal en un concreto Estado serían perfectamente trasladables a todos aquellos donde ésta expanda sus tentáculos, concibiéndose cada día más fuerte y más difícil de combatir.

proceso penal ordinario pues supone que es más conveniente en un Estado de Derecho, que la articulación de normas procesales especiales contra los «enemigos».

¹²⁹ Por su parte, SILVA SÁNCHEZ legitima la creación de un derecho penal a dos velocidades basado, fundamentalmente, en la gravedad del hecho constitutivo de delito, en *La expansión del...* op. cit., pág. 178. Pero afirmar que la existencia de dos derechos penales o procesales penales en el Estado de Derecho es legítimo, es renunciar a los postulados básicos del Estado social y democrático.

¹³⁰ La expresión de paraísos jurídico-penales puede verse en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho...* op. cit., pág. 92.

VI. FINALIDAD DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

El agente encubierto se configura, junto con la entrega y circulación vigilada, como un instrumento procesal que nace con la vocación de hacer frente a la criminalidad organizada¹³¹, de forma exclusiva¹³² y excluyente.

La intervención de un agente encubierto tiene su sede en la fase de instrucción de determinado proceso penal que se suscita contra un concreto entramado organizativo¹³³. Por ello, hay que dejar sentado que la intervención de un agente encubierto supone la apertura de un concreto proceso penal que se tramita contra los integrantes de una concreta organización¹³⁴.

El fin primordial de la fase de instrucción es la preparación del juicio oral. Así, al igual que cualquier medio de investigación, la in-

¹³¹ De hecho autores como SEQUEROS SAZATORNIL, estima que la finalidad de la LO 5/1999, no es otra que la de reforzar el ordenamiento jurídico con la inclusión de medidas especiales que permitan a los miembros de la policía judicial, sin merma de los derechos constitucionales de los implicados, penetrar en su entramado organizativo, con el fin de detectar la comisión de posibles delitos; informar sobre las actividades de sus miembros; y obtener a la postre pruebas inculpatórias para proceder a su detención, en «El agente encubierto», en *El tráfico de drogas en el ordenamiento jurídico...* op. cit., pág. 692.

¹³² Vid. MONTÓN GARCÍA, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», en *La Ley*, 1999, pág. 2128. En este sentido, establece BRAUM que *el investigador encubierto cumple una función tanto preventiva como represiva. Y esta dualidad de funciones genera un sincretismo en cuanto a los presupuestos (policiales y procesales) que fundamentan su entrada en acción: así un investigador clandestino, actuando como medio de prevención frente al delito, podría en cualquier momento cambiar de polo su función, pasando a desempeñar la de persecución penal*. BRAUM, «La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario», En ROMEO CASABONA (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pág. 6.

¹³³ A diferencia de las infiltraciones de corta duración que se desarrollan normalmente en instancias policiales y que no se circunscriben a la criminalidad organizada.

¹³⁴ De hecho si durante la investigación el agente encubierto tiene la constancia de la perpetración de delitos por parte de otra organización criminal es necesario que lo comunique a la autoridad competente para que autorice una nueva infiltración policial.

intervención del agente encubierto debe procurar datos relevantes sobre los delitos cometidos y la identidad de las persona autores del hecho delictivo.

Al mismo tiempo, junto con esta finalidad inmediata, común a cualquier medio de investigación, el agente encubierto persigue un fin mediato centrado en el conocimiento interno de la organización procurando así llegar a su desarticulación total¹³⁵.

De este modo, podemos afirmar que la finalidad concreta de la intervención del agente encubierto es la de conseguir información relevante y suficiente¹³⁶ para llegar a la desarticulación de la organización y la prevención y combate de los hechos delictivos cometidos por la misma¹³⁷. En palabras del Tribunal Supremo: «*el descubri-*

¹³⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, *Policía Judicial y Constitución...* op. cit., pág. 398. Asimismo, la actividad de la infiltración policial debe ser incluida en determinados ámbitos delictivos, para conocer, controlar y, en su caso, desbaratar las pretensiones criminales de los responsables, procurando su detención y puesta a disposición judicial.

¹³⁶ RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal: doctrina de la Sala Segunda* ...op. cit., pág. 75. MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial*, Mergablum, Sevilla, 2001, pág. 54. DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», ... op. cit. pág. 99. RIFÁ SOLER, «La figura del infiltrado como objeto de protección... op. cit., pág. 147. La conducta del infiltrado debe encaminarse, esencialmente, al descubrimiento de los hechos delictivos previstos en la Ley ZARAGOZA AGUADO, «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada», en ROBLES GARZÓN, *La protección de testigos y peritos en causas criminales*, Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, 2001, pág. 12. Se trata de un medio de investigación idóneo para la investigación de las organizaciones criminales, pues la penetración en tales grupos criminales permite recabar información sobre su estructura y su *modus operandi*, así como obtener pruebas sobre la ejecución de los hechos delictivos.

¹³⁷ RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim», *Revista del Poder Judicial*, n° 55, 1999, pág. 158. Con el art. 282. bis de la LECrim, permite a los miembros de la policía judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpativas y proceder a la detención de sus autores. MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España», ...op. cit., pág. 40: «*la medida de investigación de los agentes encubiertos... con objeto de descubrir las acciones delictivas pa-*

*miento de los canales por los que venía fluyendo la acción delictiva previamente a su intervención»*¹³⁸.

La consecución de estos objetivos supone un giro en la praxis de las medidas de investigación que se desarrollaban hasta el momento —nos referimos a las tradicionales técnicas de investigación—. Así, el agente encubierto forjará relaciones de confianza con los miembros de la organización —ya veremos que con diferente grado dependiendo del modelo de infiltración policial—. Mediante esta confianza le será permitida la presencia, o incluso, la participación en las actividades delictivas de la organización como si de un miembro más se tratara¹³⁹, lo que le permitirá acceder de forma más rápida a la identidad de los verdaderos responsables de la organización, los «*hombres de atrás*».

Con esta práctica, el agente encubierto podrá obtener toda la información posible susceptible de constituir prueba suficiente que enerve la presunción de inocencia de todos los integrantes de la organización.

Teniendo en cuenta esto, la actividad del agente encubierto tiene que ir encaminada a obtener la identidad de todos los responsables de la organización; la forma de participación de los mismos en las

sadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y el castigo de la banda, con todos los elementos que la integran».

¹³⁸ SSTs de 20 de noviembre de 1998 (Tol 134347); de 30 de septiembre de 1999 (Tol 272930): «*En el ámbito de los denominados "delitos de empresa" y de la criminalidad organizada, en el que se construye un entramado de relaciones y medios destinados a la planificación, organización y realización de sucesivas operaciones delictivas engarzadas de modo articulado y complejo, es indudable que las técnicas de investigación judicial deban ir encaminadas no sólo al descubrimiento de los delitos u operaciones ya consumadas, sino también a las que se encuentran en marcha, es decir a nuevas operaciones de tráfico enmarcadas en el ámbito de las actividades delictivas de la organización que se investiga, que todavía no se han consumado, encontrándose en fase de planificación y organización, por lo que el período de investigación suele ser necesariamente prolongado, en directa proporción a la complejidad de la organización que se investiga y a la gravedad de los delitos investigados*».

¹³⁹ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»... op. cit, pág. 102.

conductas delictivas¹⁴⁰; las conductas delictivas a las que de manera reiterada se dedica la organización criminal; el tipo de estructura (flexible o rígida) de la organización criminal; los cauces, formas y canales de la actividad criminal, es decir, el *modus operandi*; la vinculación con otras organizaciones criminales. En definitiva, todos aquellos datos que permitan su erradicación total del panorama delictivo.

Entre tanto, las infiltraciones policiales desplegarán un doble efecto; el investigador y el probatorio. En cuanto al investigador, ya hemos dicho la actividad principal del agente encubierto tiene que estar encaminada a la obtención de estos datos y al aseguramiento de la fuente de prueba tenida en cuenta por el tribunal sentenciador en función de su licitud¹⁴¹. En este contexto, de los efectos investigadores, debemos tener presente que el agente encubierto puede obtener información sobre conductas criminales que nada tienen que ver con el objeto de la investigación. En estos casos y teniendo presente que la actuación del agente encubierto se limita a un solo proceso penal, el hallazgo de información no relevante para el proceso principal, pero de carácter criminal, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad competente, sirviendo de *notitia criminis* que permite incoar un nuevo proceso penal para las que se utilizará o no la técnica del agente encubierto¹⁴².

En cuanto a los efectos probatorios derivados de la infiltración policial, deben configurarse como el objetivo último de la interven-

¹⁴⁰ No obstante hay que tener presente que en la criminalidad organizada no existe distinción entre autoría y participación. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho...* op. cit., pág. 105.

¹⁴¹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios...* op. cit., pág. 231.

¹⁴² No obstante, la información puesta a disposición de la autoridad competente, pueda dar lugar a una extensión subjetiva u objetiva de la autorización inicial de la infiltración policial. Para la extensión objetiva, es necesario que los delitos de nuevo conocimiento se encuentren ubicados dentro del elenco de hechos delictivos que las diferentes legislaciones disponen para la actuación del agente encubierto. Por otra parte, la extensión subjetiva devendrá cuando el agente encubierto, como resultado de su labor, tiene conocimiento de nuevos integrantes de la organización criminal que en principio no se conocían. De este modo, con esta extensión se permite que el agente encubierto pueda actuar con respecto a los delitos o integrantes que se conocen con posterioridad.

ción de un agente encubierto. Es decir, con los datos obtenidos durante la investigación se pretende por un lado, el enjuiciamiento de los hechos punibles fundamentados en las fuentes de prueba obtenidas en el desarrollo de la investigación, así como, el enjuiciamiento y condena de todos los miembros de la organización, en especial de los integrantes de la cúpula¹⁴³, pues sólo así puede aspirarse a la desarticulación y desmantelación de la organización criminal¹⁴⁴. En este sentido debemos afirmar que, en referencia a las formas graves de delincuencia organizada y con carácter general, la investigación mediante las tradicionales técnicas de investigación resultan insuficientes pues si bien es cierto que pueden obtenerse fuentes de pruebas para el enjuiciamiento de determinados hechos delictivos acaecidos, lo habitual es que estas pruebas incriminen solo a una parte de la organización. Normalmente aquellos pertenecientes a la escala más baja y que son fácilmente sustituibles. De esta forma, los principales responsables de los entramados evadían la acción de la justicia y por ende la actuación criminal seguía produciéndose pues no se había afectado a la «espina dorsal» del entramado, es decir al eje principal de la organización.

En definitiva podemos señalar que la infiltración policial persigue las finalidades comunes a cualquier medio de investigación: el descubrimiento del delito y la identificación de sus autores, que en el caso de la infiltración policial se puede traducir en la obtención de información suficiente sobre la estructura de la organización; identi-

¹⁴³ Vid. JAÉN VALLEJO, «Introducción al Derecho Penal económico» En *Derecho Procesal Penal Económico*, Centro de Estudios jurídicos, 2003, [http://www.cej.justicia.es], pág. 535-536. La obtención de la condena para los integrantes de la cúpula se hará por la fórmula de autoría mediata por medio de aparatos de poder organizativos sobre la consideración de la sustituibilidad del ejecutor, es decir, el autor material, aparece como un engranaje más de dicho aparato de poder organizado. Esto permite condenar a los verdaderos responsables de los ilícitos penales como autores y no como inductores al delito.

¹⁴⁴ Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, «El agente encubierto», en *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...* op. cit., pág. 735-736. FERNÁNDEZ APARICIO, «El delito provocado y el agente encubierto»... op. cit. Considera el autor que con la actuación del agente encubierto tan solo se pretende obtener pruebas de los hechos y de su participación en los mismos de diferentes personas, pero no se trata de crear en una persona la intención o el ánimo de delinquir, tan solo se pretende obtener información.

ficación de todos los miembros de la organización, especialmente de aquellos situados en la cúpula del entramado; los medios, cauces y formas por las que se desarrolla la acción criminal. Datos que, una vez introducidos en el juicio oral a través de medios de prueba lícitos, sirvan para fundar una sentencia condenatoria de todos y cada uno de las personas integrantes de la organización. Y en este sentido, afirmamos que la infiltración policial persigue un fin más allá de la investigación misma: la desarticulación y desmantelación de la organización, lo que supone el aniquilamiento de la acción criminal que venía desarrollando el grupo organizado.

VII. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES

La infiltración, como pusimos de relieve al determinar las características básicas de esta técnica de investigación, supone la actuación de una persona que ocultando su verdadera identidad o personalidad, intenta obtener información relevante para la satisfacción de determinados intereses públicos.

Centrándonos en el agente encubierto, la nota característica, es la actuación mediante un doble engaño, tanto en la identidad como en la intención¹⁴⁵. Esta puede ser la primera diferencia que encontremos con sujetos como el confidente y arrepentido que no ocultan su verdadera personalidad ni identidad sino simplemente la intención de su actuación.

Otra de las diferencias básicas, con alguna de las figuras que a continuación desarrollaremos, es la condición de agente de policía. Como sabemos, el agente encubierto, es una persona física que ostenta la condición de policía. En el caso del agente provocador, esta cualidad no tiene porqué estar siempre presente pues puede actuar como tal tanto un particular como un agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Por su parte, esta diferencia queda bien delimitada en el caso del confidente y arrepentido que en ningún caso ostentará la condición¹⁴⁶ de agente.

¹⁴⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 125.

¹⁴⁶ No obstante, hay que poner de manifiesto que GISBERT POMATA, pone de relieve que el infiltrado una vez que está dentro de la organización actúa bien como «confidente» o bien como «agente provocador». En «La «circula-

En este sentido, el tenor de este apartado será resaltar cuáles son los puntos de conexión y divergencias existentes entre las figuras que pretendemos analizar.

De este modo, la primera de las figuras que nos encontramos es la del «agente provocador». Con ella, es con la que mayor grado de confusión tiene la figura del agente infiltrado. Es más, la propia Jurisprudencia, a la hora de definir al agente provocador, utiliza las notas definitorias de lo que podemos considerar la actuación del agente encubierto.

Analizaremos otras figuras en las que existe un punto de colisión, en tanto en cuanto, se oculta la verdadera finalidad pretendida, este es el caso de los confidentes policiales o arrepentidos¹⁴⁷, considerados como informantes, que por diversos motivos, colaboran con la organización policial, aportando datos relevantes para la investigación, ya sea por pertenecer el entorno criminal que se indaga o por que se infiltran expresamente en las organizaciones criminales investigadas¹⁴⁸.

Igualmente haremos mención a los agentes secretos del Centro Nacional de Inteligencia, en tanto en cuanto en el desarrollo de una investigación en defensa de la seguridad nacional, pueden realizar actividades bajo cobertura. Además, debemos tener en cuenta que, las labores de información e inteligencia que desarrollan se presen-

ción o entrega vigilada» y el «agente encubierto»... op. cit., En nuestra opinión, y como iremos poniendo de relieve durante el desarrollo de esta parte del trabajo, el agente encubierto es una categoría diferente a la de agente provocador y confidente que aunque pueden tener algo en común, hay que determinar que son sustancialmente sujetos diferentes.

¹⁴⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 125.

¹⁴⁸ SANSÓ-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada»... op. cit., pág. 222. HERNANDO MARTÍN, establece que los colaboradores y confidentes se tratan de personas muy cercas a la delincuencia, llegando a ser incluso integrantes de alguno de estos grupos criminales, que por alguna razón determinada deciden dar información a las Fuerzas de Seguridad, en «La guardia civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones», en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*. Madrid, 2004, pág. 1395 (<http://www.cej.justicia.es>).

tan como un elemento indispensable para alcanzar la eficacia de la investigación relacionadas con la actuación de organizaciones criminales¹⁴⁹.

1. El agente provocador

Creemos oportuno antes de adentrarnos en la búsqueda de los puntos de conexión y divergencia entre el agente encubierto y la figura que más se asimila a su actuación, el agente provocador, hacer dos precisiones básicas. La primera, relacionada con el delito provocado. Y la segunda, en torno a la delimitación del concepto y tratamiento del agente provocador ofrecido tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, como técnica de investigación.

Con respecto a la primera de las premisas, la configuración del delito provocado íntimamente relacionado con la figura del agente provocador, debemos manifestar nuestra total aceptación a los fundamentos de la doctrina jurisprudencial al negarle toda eficacia como técnica de investigación delictual.

Por delito provocado debemos entender:

*«aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención "ab initio" de la fuerza policial»*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ SANSÓ-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada»... op. cit., pág. 209.

¹⁵⁰ En este sentido entiende la Jurisprudencia del Tribunal Supremo por delito provocado aquel por el que mediante la inducción engañosa de un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se obtiene el castigo del incitado. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2003 (Tol 265646): También la doctrina se ha hecho eco del delito provocado entendiendo que es aquél que tan solo se llega a realizar en virtud de inducción engañosa de un agente de las fuerzas de seguridad que, deseando conocer la propensión del delito de persona o personas sospechosas y para que se lleve a cabo su torcida inclinación, estimula simulando allanar y desembarazar el *iter criminis*. RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»,... op. cit. pág. 160. SILVA SÁNCHEZ, se refiere al delito provocado en los siguientes términos:

En este sentido, está castigada por el ordenamiento jurídico (art. 28 CP) la instigación a otro para cometer un delito con independencia de que el instigador pertenezca o no a los Cuerpos de Seguridad del Estado. La instigación o provocación a otro para cometer la acción delictual supone el supuesto de hecho del delito provocado. Y por tanto, resulta un hecho antijurídico en los ordenamientos y ello, aunque no se pretenda la lesión o puesta en peligro del bien jurídico¹⁵¹, sino que la acción del provocador, sólo tiene el propósito de que el provocado sea castigado¹⁵². Así, nuestro ordenamiento rechaza la posibilidad del delito provocado puesto que no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador.

De esta manera, el castigo o prohibición se observan en dos planos diferentes: en primer lugar, el plano sustantivo o material, que

el delito provocado es aquel cuya ejecución se debe a la incitación de otra persona, con la condición de agente de las fuerzas de seguridad que dando pie a la ejecución delictiva, controla el proceso con el fin de que no tenga lugar la consumación y, por el contrario, puede detenerse al autor con pruebas concluyentes. En «La consideración del comportamiento de la víctima», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial volumen dedicado a La victimología, 1993. En este sentido el Tribunal Supremo ha estimado que el provocador al tiempo de provocar la conducta delictiva adoptan las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido [STS 12 de junio de 2002 (Tol 203070)]. Por su parte, SANZ DELGADO, marca tres elementos característicos del delito provocado: a) objetivamente debe existir una provocación, es decir, el agente tiene que tomar la iniciativa a consecuencia de la cual el provocado decide delinquir; b) subjetivamente, el agente tan sólo aspira a demostrar la intervención en el delito de la persona del provocado y así, obtener pruebas convincentes en su contra; y c) eventualmente, el agente debe tomar las medidas precautorias oportunas para evitar que el hecho realizado por el provocado alcance el desvalor que fundamenta el injusto del delito en cuestión. En «El agente provocador en el delito de tráfico de drogas» en La Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº 12, 2004, pág. 31.

¹⁵¹ Esta postura la pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2002 (Tol 203070), al afirmar que *el provocador, adoptará al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.*

¹⁵² RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982, pág. 21.

supone el castigo penal de quien instiga a la comisión del delito como conducta tipificada en el Código Penal (art. 28 CP español¹⁵³); y en segundo lugar, desde el punto de vista procesal o formal, pues todo el material obtenido mediante la instigación deviene nulo. Por otro lado, la impunidad del sujeto provocado es absoluta por varios motivos, por no existir dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible; y por no existir culpabilidad ni haber tipicidad propiamente dicha, puesto que en estos casos el agente es el origen del nacimiento de la intención de delinquir¹⁵⁴.

Esta prohibición se sustenta en la idea de que estas conductas no respetan los principios inspiradores del Estado de Derecho y supone una interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos dispuesta en el artículo 9.3 de la CE. Esto se fundamenta en que el Estado no puede utilizar en el desempeño de las actividades de investigación medios ilícitos o reprochables, entre los que se encuentran la incitación efectiva y eficaz a perpetrar la infracción a quien no tenía tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal previamente inexistente y la ejecución de un delito que, de no ser por la provocación, no se hubiera producido¹⁵⁵.

Así, el delito provocado, queda excluido por parte de los ordenamientos como mecanismo válido para la obtención de pruebas tendentes a evidenciar la participación o comisión delictiva de un sujeto.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar, que si bien su denominación puede llevarnos a grandes confusiones, el delito provocado y el agente provocador son realidades distintas pues el agente provocador, tal y como es definido por la doctrina y por

¹⁵³ No obstante, hay que precisar que el término que aparece en el artículo 28 CP es el de inducción, lo que requiere la realización la ejecución, o al menos la realización de algún acto, del hecho delictivo provocado.

¹⁵⁴ MONTÓN GARCÍA, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos»... op. cit., pág. 2128, establece que la actuación del agente provocador induciendo a alguien a la comisión de un delito (haciendo que nazca en la persona el dolo o la intención de delinquir) es ilegal y por tanto provoca el efecto contrario al que se pretende cual es la impunidad del provocado. Se produce por la falta de tipicidad y de culpabilidad en el autor del mismo, por lesionar los principios constitucionales y no observar los requisitos de antijuridicidad propios de una conducta delictiva.

¹⁵⁵ Sentencia del Audiencia Provincial de Madrid de 18 de abril de 2006.

la jurisprudencia, no hace nacer en el sujeto provocado la intención de delinquir.

Siguiendo el esquema anterior, pasamos a definir las notas básicas y el tratamiento que se le dispensa a la figura del agente provocador. Para ello debemos comenzar analizando el repertorio jurisprudencial y las fuentes doctrinales existentes sobre la materia pues de ellos vamos a poder desgranar, en gran medida, todos los puntos de conexión y divergencias con el agente encubierto.

A) Concepto y características del agente provocador

Siguiendo una terminología lógica, el agente provocador debería ser el sujeto activo del delito provocado¹⁵⁶. Pero en la realidad, estos

¹⁵⁶ En este sentido pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997 (Tol 407528) *el agente provocador, en sentido estricto, es aquel que induce a otro a la comisión del delito*. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*... op. cit., pág. 6. Para GIMENO SENDRA, es un miembro de las Fuerzas de Seguridad que, con la finalidad de descubrir un hecho delictivo llega a instigar a propiciar la comisión del delito con las peticiones que le formulan a los imputadores, en *Derecho Procesal Penal*, (junto con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ)... op. cit., pág. 407. Un elemento importante a tener en cuenta es como señala MUÑOZ SÁNCHEZ, la ubicación sistemática en el ámbito de la participación en el delito. En *La moderna problemática jurídico-penal*... op. cit., pág. 34. En este sentido, GÓMEZ RIVERO, establece que la esencia de la inducción se reduce a la idea de que el inductor, mediante su incitación, actúa desencadenando por primera vez el hecho que ejecuta el autor, convirtiéndose en el primer factor determinante del acontecer delictivo, lo que supondría equiparar al provocador con el autor del delito en cuanto a responsabilidad criminal, en *La inducción a cometer delito*, Tirant Lo Blanch, 1995, pág. 57. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Akal, Madrid, 2ª edición, anotada y puesta al día / por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, 1986. En este sentido habría que añadir lo dispuesto por RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el derecho penal*... op. cit., pág. 21: «el agente provocador obra siempre persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia aspira y por ello provoca la comisión de un hecho como medio necesario para la consecución de la reacción en el sentido deseado, cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico afectado, sino con el propósito de que el provocador se haga acreedor de una pena». GARCÍA VALDÉS, «Dos aspectos de la represión penal en el tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delito provocado y el blanqueo del dinero procedente del delito», en Cuadernos del Consejo General

términos de delito provocado y agente provocador representan realidades bien distintas.

Por agente provocador, hay que entender al agente de la autoridad que, atendiendo a una sospecha o conocedor de la existencia de una actividad delictiva, normalmente de las denominadas de tracto sucesivo, se infiltra, camuflado bajo una personalidad supuesta, entre quienes la llevan a cabo en busca de información que permita impedir o sancionar el delito. El agente provocador, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas labores de colaboración con el mismo¹⁵⁷.

El problema que subyace a esta cuestión es que la Jurisprudencia a la hora de delimitar el concepto de agente provocador lo hace equiparándolo a la figura de agente encubierto¹⁵⁸. En este sentido es necesario traer a colación las palabras del Alto Tribunal en la Sentencia de 9 de febrero de 2004 al establecer que el agente provocador actuará camuflado bajo personalidad supuesta, realizando incluso algunas actividades de colaboración conforme al artículo 282.bis LECrim. Estableciendo en el mismo fundamento que *en estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto*.

del Poder Judicial, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1992, pág. 235 y ss.

¹⁵⁷ SSTS de 15 de septiembre de 1993 (*Tol 402224*); de 12 de junio de 2002 (*Tol 203070*); de 5 de octubre de 2004 (*Tol 513612*). No obstante, una primera línea jurisprudencial definía la actuación del agente provocador como la actividad encaminada al descubrimiento de los delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo pero sin hacer referencia alguna a la actuación bajo personalidad supuesta SSTS de 17 de noviembre de 1992 (*Tol 398465*); de 14 de junio de 1993 (*Tol 400907*); de 1 de julio de 1994 (*Tol 402483*); de 20 de enero de 1995 (*Tol 403354*); de 20 de mayo de 1997 (*Tol 407528*). GARCÍA VALDÉS, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y el delito provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito» en *Política criminal y reforma penal*. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pág. 556.

¹⁵⁸ Confusión que también se pone de manifiesto en la doctrina. Vid. SANZ DELGADO, *El agente provocador en el delitos de tráfico de drogas*... op. cit., pág. 29-30.

En el ordenamiento italiano, se regula la posibilidad de que el agente actúe ocultando su condición de policía simulando la acción criminal sin que origine la intención de delinquir, pues en estos casos la conducta del provocador sería punible¹⁵⁹.

En el ordenamiento alemán, también se ha distinguido la figura del agente encubierto con el agente provocador en los términos que expone la Jurisprudencia (*Hombre-V*¹⁶⁰): es el particular que actúa por órdenes de la policía y bajo su supervisión y sólo como producto de la ocasión sin identidad ficticia o como lo denomina el ordenamiento alemán sin *leyenda*, para conseguir información¹⁶¹.

En España, la situación es muy parecida. A pesar de ser una técnica de investigación habitual en la práctica policial y de disfrutar de la aquiescencia de la Jurisprudencia, la figura del agente provocador no tiene reconocimiento legal expreso por más que se intente enmarcar en el artículo 282.bis LECrim. Ya que como hemos determinado el agente provocador y el agente encubierto son protagonistas diferentes en el proceso penal.

De esta forma, la actuación del agente provocador, tal y como es entendida por la Jurisprudencia, debe ser considerada legítima, pero siempre que la preparación del delito haya comenzado¹⁶² y el agente actúe sólo con la finalidad de descubrir los cauces y medios por los que se desarrollan los hechos delictivos, o incluso, como parte de la doctrina señala, para poner al descubierto delitos ya cometidos con anterioridad a la provocación¹⁶³.

¹⁵⁹ Vid. MANCINI, «Le attività "sotto copertura": margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali», consultado en <http://www.filodiritto.com/diritto/penale>

¹⁶⁰ Aunque en el caso alemán se recurre a personas particulares para llevar a cabo esta actuación. El término «V» hace referencia a la palabra *Vertrauen* que significa confianza.

¹⁶¹ GUARGILIA, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?». Refiere el autor que el agente provocador no es idéntico al agente encubierto o a los Hombres-V.

¹⁶² RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»... op. cit., pág. 161.

¹⁶³ STS de 30 de septiembre de 2002 (*Tol 229905*); de 12 de diciembre de 2001 (*Tol 240850*); de 23 de enero de 2001 (*Tol 27782*); Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de marzo de 2000. RUIZ ANTÓN, *El delito provocado*... op. cit., pág. 137. MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico-penal*... op. cit., pág. 116.

En este sentido, debemos considerar que la actuación de un agente provocador se ubica en las infiltraciones policiales de corta duración donde el agente no necesita actuar bajo la cobertura de una identidad supuesta sino simplemente ocultando su condición de policía.

Así, al agente provocador, se le ha atribuido el carácter de técnica de investigación encubierta¹⁶⁴. De este modo HEPP señala que los *agente provocadores son mercenarios secretos de la policía, reclutados y pagados por parte del propio Estado cuya misión consistía en instigar a otro a realizar hechos delictivos de alta traición y sediciosas para denunciarlos ante las autoridades, una vez que les tienen en la red y así quitárselos de en medio al hacerse acreedores a las penas más graves*¹⁶⁵.

En cuanto a las características básicas debemos tener presente: en primer lugar, que la actuación del agente provocador se enmarca en las denominadas infiltraciones públicas. Esto es, porque el agente que las lleva a cabo es un agente de policía y porque el fin perseguido por su actuación obedece a un interés público (de carácter represivo o preventivo)¹⁶⁶.

En segundo lugar, que nos encontramos ante una infiltración policial de corta duración. Mediante las cuales el agente oculta su verda-

dera condición de policía, sin necesidad de una identidad supuesta, simulando la intención de delinquir¹⁶⁷. No obstante, en la actuación de un agente provocador no se produce la entrada del agente en el seno de la organización criminal.

Estas características nos llevan a concluir, la existencia de un doble engaño en la actuación policial. De un lado, el engaño que supone el camuflar su verdadera personalidad, es decir, la ocultación de la condición de policía (lo que no implica la actuación bajo la cobertura de una identidad supuesta). De otro lado, el engaño en la intención de su actuación con respecto a las personas objetos de la investigación.

En tercer lugar, no es necesario que el agente provocador sea un funcionario público, destinado a las fuerzas de seguridad del Estado. Esta circunstancia supone que se reconozca valor a las actuaciones que pueda desarrollar un agente provocador no policial con el respaldo y bajo la supervisión del poder público¹⁶⁸.

En cuarto lugar, tal y como se desprende de la doctrina jurisprudencial, la actuación del agente provocador se limita a la investigación de los delitos de tracto sucesivo sin que sea necesaria la existencia de una organización criminal para proceder a su actuación¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Debemos precisar que las investigaciones encubiertas no solo se conforman de las infiltraciones policiales sino también de la circulación y entrega vigilada. Así por ejemplo lo determina el Convenio de Asistencia judicial en materia penal

¹⁶⁵ HEPP, *Zweiter beirbag*, citado por RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal...* op. cit., pág. 23. En este sentido, PÉREZ ARROYO, también caracteriza a la técnica del agente provocador como operaciones encubiertas. En «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el derecho penal y procesal penal»... op. cit., pág. 1787.

¹⁶⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios...* op. cit., pág. 126-127. Manifiesta que tal y como está configurada la infiltración en nuestro ordenamiento no es posible que ésta tenga un carácter únicamente preventivo como ocurre en el caso alemán o portugués donde se prevé la infiltración preventiva (lo averiguado sirve para acordar medidas que eviten la realización del delito planificado) y la infiltración represiva (que se configura como una diligencia instructora dirigida a facilitar a las autoridades información de trascendencia penal).

¹⁶⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 33. Entendemos por «operaciones de corta duración» aquellas en que el agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado oculta su condición de policía, en un momento determinado, para entablar una cierta relación con un presunto delincuente y así obtener información sobre determinadas conductas delictivas. No obstante, aunque oculte su condición de policía no necesitará identidad supuesta puesto que la relación que entabla con el presunto delincuente tiene la finalidad de realizar algún tipo de negocio o transacción con él que conduzca a evidenciar la comisión de un hecho delictivo.

¹⁶⁸ La utilización de agentes provocadores no policiales se pone de manifiesto en los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: SSTs de 14 de julio de 2000 (*Tol* 273223); de 5 de junio de 1999 (*Tol* 272161); de 9 de marzo de 1998 (*Tol* 238764); ATS de 13 de julio de 1999 (*Tol* 440207).

¹⁶⁹ Al respecto, LÓPEZ GARCÍA, señala que la figura del agente provocador, también ha sido utilizada para la investigación de delitos de intrusismo profesional, contra la propiedad intelectual, de contrabando, de robo, relativos a la prostitución, cohecho o receptación. En «Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?» en *La Ley. Revista jurídica Española*, 2003, núm. 4, pág. 1504.

No es necesario que sea autorizada por algún órgano en concreto considerándose una actuación habitual en la praxis policial.

La investigación a través de los agentes provocadores puede desarrollarse tanto en una investigación preliminar llevada a cabo por la policía, como en la fase de investigación de un proceso penal en marcha.

La actuación propia de los agentes provocadores se caracteriza por utilizar medios engañosos, fingiendo intenciones irreales (como por ejemplo la intención de comprar o vender droga), sin embargo no origina un delito antes inexistente, sino que sólo sirve para descubrir aquel que ya se ha cometido con anterioridad, es por ello por lo que su actuación queda amparada dentro de los límites que la Constitución y la ley impone al ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del presunto delincuente¹⁷⁰.

Por último, en cuanto a la información obtenida durante su actuación, se entiende que es válida y puede ser llevada al juicio oral para ser valorada por el juzgador como prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia pues, como forma de investigar, no es causante, en principio, de ninguna vulneración de derechos fundamentales¹⁷¹.

En conclusión, tal y como se desprende de la jurisprudencia la actuación del agente provocador responde a una práctica policial habitual, anterior a la entrada en vigor del agente encubierto, para la represión de los delitos de tracto sucesivo y que hoy en día sigue siendo utilizada como medio apto y legal de investigación pues su práctica entra dentro de las funciones de la policía y no conculca ningún derecho fundamental. El problema adquiere dimensión con la entrada en vigor de la infiltración policial, por la similitud con esta medida y fundamentalmente por la confusión que provoca la jurisprudencia al intentar asimilarlas.

B) Similitudes y diferencias entre el agente provocador y el agente encubierto

Comenzando por las similitudes entre el agente encubierto y el agente provocador, debemos, en primer lugar hacer referencia a la naturaleza jurídica que caracteriza a ambas como técnicas de investigación encubiertas. Igualmente, tanto el agente encubierto como el agente provocador se definen, dentro de las operaciones encubiertas, como actividades de infiltración policial.

En este sentido, su actividad de infiltración se encuadra dentro de lo que hemos denominado infiltraciones públicas (el sujeto que las desarrolla es un funcionario público¹⁷²) y la finalidad que persiguen es la satisfacción de un interés público (la represión y prevención del delito).

Otro de los puntos de conexión es la existencia en su actuación de un doble engaño. Éste se sustenta en dos premisas: en primer lugar el engaño que supone la actuación bajo personalidad supuesta; y en segundo lugar, el engaño que proviene de la ocultación de las verdaderas intenciones con respecto a las personas investigadas (la investigación del delito).

En cuanto al sujeto que desempeñará las labores de agente encubierto y agente provocador, está claro que las labores de agente encubierto serán siempre desarrolladas por un agente de policía. En el caso del ordenamiento español, se ciñe más la delimitación al establecer que deben ostentar la condición de policía judicial. En el caso del agente provocador, hay que hacer una primera acotación: cuando hablamos de provocación policial es necesario que el agente provocador pertenezca a las fuerzas de seguridad. Pero no podemos perder de vista que la provocación puede ser desarrollada por particulares¹⁷³, en cuyo caso estaremos ante una provocación no policial.

¹⁷⁰ ATS de 23 de febrero de 2000 (Tol 440260)..

¹⁷¹ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada. Comentarios a la Ley 5/1999, de 13 de enero...* op. cit., pág. 50-51. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 173.

¹⁷² No obstante, hay que recordar que existe el supuesto de que la provocación no sea policial y que por tanto sea desarrollada por particulares que actúan con el consentimiento y bajo la supervisión del poder público.

¹⁷³ Así lo pone de relieve la Fiscalía General del Estado, en su memoria correspondiente al año 1993: «puede ser un particular colaborador quien suscita el hecho delictivo sin auténtica voluntad de que se lesione o ponga en peligro el bien jurídico, adoptando para ello las medidas de precaución oportunas con el solo objetivo de detener y poner a disposición judicial determinadas personas»

Ambas figuras persiguen una finalidad común, la represión del delito. Además con su actuación pretenden obtener la información suficiente sobre los medios, canales y formas para los que se desarrolla la acción delictual.

Para finalizar, y en lo referente a los efectos jurídicos, ambas figuras tienen en común el peligro que entrañan para los principios inspiradores del Estado de Derecho, a pesar de haber sido admitidas, como medios lícitos de investigación. De este modo, la información obtenida por la actuación del agente encubierto o agente provocador, junto con su posterior declaración en juicio oral, se basa en la posibilidad de servir, en su caso, como prueba apta en el juicio oral capaz de enervar la presunción de inocencia. Además, la información obtenida por el agente encubierto podrá ser utilizada como fundamento para la adopción de otras diligencias de investigación que complementen el resultado de la infiltración policial.

En otro orden de cosas, existen importantes diferencias en cuanto al tratamiento, ámbito y modo de actuación y momento en que se lleva a cabo la operación. Así resulta conveniente analizar estos extremos y a ello dedicaremos las líneas que siguen¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Existen algunos pronunciamientos diferenciando la figura del agente encubierto del agente provocador si bien no establece cuáles son estas desemejanzas. SSTs de 7 de mayo de 2001 (Tol 32462): *La LO;5/1999 de 13 de enero ha añadido un nuevo artículo 282 bis para proporcionar habilitación legal al agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada, que es distinto de la figura del agente provocador*. STS 16 de febrero de 2006 (Tol 856230): «Con frecuencia, se relaciona la figura del agente provocador (jurídicamente proscrita en un Estado de Derecho) con la del agente encubierto (lícita y legalmente configurada —v. gr. art. 282 bis LECrim—)». Además la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de abril de 2006, al diferenciar la figura de agente provocador y delito provocado establece: «no existe delito provocado cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador; que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Con ello, pretendemos poner de relieve que el nexo de unión entre el agente encubierto y el provocador no es tal y como lo presenta la Jurisprudencia, que los hace equiparables hasta el punto de remitir la actuación del agente provocador a lo previsto en el artículo 282.bis LECrim. Siendo, nuestra intención reflejar que se tratan de sujetos diferentes que actúan de modo parecido pero que en ningún caso pueden confundirse.

La primera diferencia entre el agente encubierto y el provocador es el tratamiento legal. Las infiltración policial llevada a cabo por el agente encubierto están previstas legalmente en diferentes ordenamientos jurídicos (en España, artículo 282.bis LECrim; en Francia en el artículo 706-8; en Alemania, en el precepto § 110 a; artículo 47 del Code d'Instruction Criminelle de Bélgica). Por otra parte, el agente provocador no encuentra auspicio legal sino tan sólo la permisibilidad de la jurisprudencia (no obstante, hay que recordar que el ordenamiento alemán prevé, aunque no en su legislación procesal, la actuación de los Hombres-V. En Italia, se designan las actuaciones bajo cobertura, *covert actions*, con el término de agente provocatore. La disposición de 18 de octubre de 2001, extiende esta forma de investigación a los delitos relacionadas con terrorismo y subversión del orden político¹⁷⁵).

Por ello, en ningún caso puede entenderse que la actuación del agente provocador se realiza bajo el amparo de la legislación prevista para el agente encubierto por ser consideradas prácticas de investigación diferentes. A lo sumo, la actuación del agente provocador puede encuadrarse en las funciones básicas de la policía en cuanto a la investigación del hecho delictivo, tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo al afirmar que sin que sea viable cuestionar la validez de las mencionadas pruebas por haber sido obtenidas en el curso de una investigación policial en la que algunos funcionarios fingieron intenciones marginales a su trabajo para descubrir la realidad delictiva, pues la LECrim les imponen en el ejer-

¹⁷⁵ MIELILLO, «Le operazioni sotto coperura nelle indagini relative a delitto con finalità di terrorismo». En *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi* (dirección DI CHIARA), Giappichelli editore, Torino, pág. 42. MANNA, «Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: La privacy», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fascículo 4, octubre-diciembre, 2004, pág. 1052 y ss.

cicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento del delincuente y se encuentra justificada por los deberes del cargo correspondientes a la Policía Judicial por lo que la prueba así obtenida, llevada al juicio oral es válida como prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia¹⁷⁶.

Aunque la actuación del agente encubierto y del provocador implica un doble engaño con respecto a la verdadera identidad y a las intenciones, el modo de actuar es diferente en cada uno de los casos. Así, el agente encubierto actúa bajo la cobertura de una identidad supuesta infiltrándose en el entramado organizativo presuntamente criminal. En cambio, el agente provocador, sólo ocultará su verdadera condición de policía y sus verdaderas intenciones, no produciéndose la infiltración en un concreto entramado organizativo. El *modus operandi* del agente provocador, según los criterios expuestos por la jurisprudencia se refieren normalmente a una actuación como vendedor o comprador de droga, lo que no implica que sólo actúe en el delito de tráfico de drogas, sino en todos aquellos que sean de tracto sucesivo. Es decir, el agente provocador oculta su verdadera identidad, lo que le permite camuflarse en los bajos fondos delictuales para así poder obtener información relevante para la represión del delito.

De lo anterior se suscita otra importante diferencia en cuanto al ámbito de actuación. Mientras que la actuación del agente encubierto, se circunscribe a la investigación de determinadas formas de criminalidad organizada (como veremos sólo aquellas que entrañan una mayor peligrosidad para el Estado y para las personas), la actuación del agente provocador, se ciñe a la investigación de los delitos de tracto sucesivo como el tráfico de drogas, de armas, de flora y fauna, etc, no siendo necesario la existencia de una organización criminal. Es decir, el objeto de la investigación del agente provocador

¹⁷⁶ SSTs de 25 de abril de 1996 (*Tol* 406005); de 5 de octubre de 1995 (*Tol* 405 806); de 11 de mayo de 1994 (*Tol* 404024); de 2 de julio de 1993 (*Tol* 400 790); de 17 de noviembre de 1992 (*Tol* 398465); de 10 de julio de 1992 (*Tol* 398210); de 4 de marzo de 1992 (*Tol* 395515). La STS de 3 de julio de 1984, expone que esta actuación de la policía resulta obligatoria por tener a su cargo la averiguación y constatación de los delitos en virtud de lo previsto en el artículo 282 LECrim. DELGADO GARCÍA, «El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada»...op. cit., pág. 76.

no es una concreta organización criminal, sino un hecho delictivo aislado sus autores y sus específicas circunstancias.

La actuación del agente encubierto, debe ir precedida de una autorización de la autoridad judicial o fiscal siguiendo las previsiones legales, desarrollándose en un proceso penal abierto. Por su parte, el agente provocador no necesita autorización para proceder pues es una práctica que la policía, de motu proprio, lleva a cabo cuando las circunstancias de la investigación lo requieren. En la mayoría de los supuestos, esta actuación se desarrolla en fase preliminar, esto es, antes de haberse iniciado el proceso penal para exigir responsabilidad pudiendo actuar bajo la dirección del Ministerio Fiscal. El agente provocador, actuará en aquellos casos en que la policía abriga sospechas de la comisión de un delito.

Antes apuntamos que la finalidad perseguida por estos sujetos es la represión del delito, en este punto existe una importante desigualdad que merece nuestra atención. A grandes rasgos, el fin último del agente encubierto es el de obtener información suficiente que permita la identificación de todos los integrantes del entramado, la imposición de sanciones penales a los mismos y la desarticulación de la organización criminal. Sin embargo, el agente provocador sólo persigue el descubrimiento de los medios, canales y formas por los que se desarrolla un concreto hecho delictivo abarcando su actuación a un determinado grupo de personas¹⁷⁷.

En conclusión, como hemos puesto de relieve la actuación de cada una se separa bastante de la otra tanto en el *modus operandi* como en el marco de su actuación, marcando diferencias nítidas. Es por ello, por lo que no es posible que la una solape a la otra. Aunque si bien es cierto que, para evitar posibles confusiones sería aconsejable que, el agente provocador obtuviera reconocimiento legal.

2. El arrepentido

Creemos que el arrepentido tiene una peculiar importancia en este trabajo de investigación puesto que su intervención en la investigación puede dar origen a lo que se denomina como infiltración

¹⁷⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 143.

sobrevvenida¹⁷⁸, es decir, el arrepentido puede considerarse como el instrumento que permite a las autoridades introducirse en las altas esferas de la organización supuestamente criminal que se trata, de investigar, a través de la información que brindan quienes la componen¹⁷⁹. Se consideran como un instrumento poderoso, quizás uno de los de mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada¹⁸⁰. En este sentido el arrepentido, en nuestro ordenamiento jurídico, se prevé como una manifestación del principio de oportunidad criminal¹⁸¹ y solo para dos concretos supuestos: el tráfico de drogas (art. 376 CP) y los delitos de terrorismo (art. 579 CP). En ambos preceptos el principio de oportunidad criminal se sustenta en la posibilidad de desistir voluntariamente de la acción delictiva con el respectivo beneficio que supone la reducción de la pena en dos grados¹⁸².

En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, también se contempla la colaboración con la justicia. Esta colaboración, tal y como está regulada en los Códigos penales correspondientes, es de carácter procesal en tanto en cuanto la colaboración se presta a la autoridad investigadora con independencia de que los beneficios sean de carácter penal. De este modo, son Alemania, Austria,

¹⁷⁸ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 24, es decir, una persona que perteneciendo a la organización criminal, en un momento determinado, alerta a los órganos de represión penal de la comisión de un hecho delictivo.

¹⁷⁹ MONTOYA, *Informantes y técnicas de investigación encubierta*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 202.

¹⁸⁰ DE JORGE MESAS, «Restricciones al derecho de asociación para prevenir y reprimir fenómenos delictivos de sectas, bandas terroristas, tribus urbanas, hinchadas deportivas» En Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Madrid, 1996.

¹⁸¹ MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre la delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias...* op. cit., pág. 68.

¹⁸² En España, rige el principio de legalidad en el proceso penal lo que conlleva a que el beneficio a la colaboración se haga a través de atenuantes o eximentes de la pena. Al contrario de lo que ocurre en el *common law*, donde rige el principio de oportunidad o discrecionalidad donde estos beneficios son fruto de las negociaciones y acuerdos entre la defensa y la acusación. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El «colaborador con la justicia»: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 78-86.

Bélgica, Francia, Portugal e Italia¹⁸³, fundamentalmente, los que tienen previstos la atenuación y en algunos casos hasta exención de la responsabilidad penal para aquél que preste información relevante para evitar la continuación de la conducta criminal, así como para identificar a las personas relacionadas con el ilícito y sobre todo aquella información que permita la identificación de los denominados «hombres de atrás»¹⁸⁴.

A) Concepto y características del arrepentido

El arrepentido se considera como un colaborador de la justicia puesto que se define como un individuo que perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento, a cambio de ciertos beneficios y protección¹⁸⁵, colabora con las autoridades su-

¹⁸³ En Alemania, la figura del colaborador con la justicia se circunscribe específicamente a los delitos de terrorismo y blanqueo de capitales (§ 129 y 261 StGB respectivamente) y en general desde que en 1994 se reformó el Código Penal Alemán, se amplió a todas las manifestaciones de la criminalidad organizada. En Austria, la aplicación de la atenuación de la pena en caso de colaboración con la autoridad investigadora se extiende a los delitos de tráfico de estupefacientes, terrorismo, corrupción, contra el patrimonio siempre que estos hayan sido cometidos por una organización criminal. En el ordenamiento francés, se prevé un beneficio en la pena en aquellos casos en que una persona avise a las autoridades administrativas o judiciales, hubiera permitido paralizar los comportamientos incriminados e identificar, en su caso, a los demás culpables con respecto de los delitos de terrorismo, falsificación de moneda y tráfico de estupefacientes. En Bélgica y Portugal, se establece una atenuación de la pena en la colaboración activa en el tráfico de estupefacientes. En Italia, donde nace la figura del arrepentido o *pentito*, su aplicación se extiende tanto a los delitos comunes como aquellos relacionados con las organizaciones de *stampo mafioso*.

¹⁸⁴ Estos son los que deciden y planifican pero no ejecutan la actividad delictiva. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado» En *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In memoriam. Volumen II*. (dir. ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE). Ed. de la Universidad de Castilla la Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 645.

¹⁸⁵ En otros ordenamientos jurídicos se prevé expresamente los beneficios procesales que dispensarán a las personas que colaboren con la justicia. A este respecto, el Derecho Austriaco, prevé la atenuación especial en caso de colaborar con la justicia siempre que el conocimiento del caso contribu-

ministrándoles información suficiente sobre las conductas criminales que se han llevado a cabo y las que están en fase de preparación para así lograr su interrupción. Igualmente su colaboración resulta eficaz para identificar a los restantes miembros de la organización criminal en especial a los que ocupan los puestos más altos en su jerarquía organizativa¹⁸⁶. Algunos autores denominan la intervención del arrepentido como «prueba cómplices» pues supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia¹⁸⁷.

De la anterior definición debemos concretar la figura del arrepentido a las formas de criminalidad organizada¹⁸⁸.

Por otro lado, la obtención del status de arrepentido conlleva la concurrencia de determinados requisitos: el abandono voluntario de las actividades delictivas, así como, de la organización (lo que implica que es el arrepentido el que acude a las autoridades); la confesión de los delitos que haya cometido mientras era miembro activo de la

ya a eliminar o disminuir notablemente el peligro procedente de la organización; promover al esclarecimiento de la conducta punible; o promover el esclarecimiento de la persona que haya tomado parte como dirigente o como tal haya actuado en la organización. En el ordenamiento Suiza, no se contempla expresamente la dación de beneficios procesales pero sí es posible la atenuación de la pena. En el derecho Francés, se prevé en relación al delito de pertenencia a una asociación, la excusa absolutoria para el arrepentido. Y en el ordenamiento italiano, se establecen incentivos en relación a los delitos de tráfico de drogas y asociaciones dirigidas a la comisión de este delito; y también se dispensa al arrepentido en delitos relativos a asociaciones terroristas la exclusión de punibilidad ligados al arrepentimiento activo y eficaz respecto del delito proyectado y la colaboración en el proceso. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)», en *Revista de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 7, 2005. La figura del arrepentido también es acuñada por los ordenamientos de los países latinoamericanos. Argentina, prevé la figura del arrepentido como colaboradores que a cambio de beneficios procesales brindan información que permite luchar contra el crimen organizado, y que fue incorporado a su ordenamiento jurídico en la Ley 24. 424, de modificación de la ley 23.737 sobre el régimen penal de estupefacientes.

¹⁸⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 24.

¹⁸⁷ MENA ÁLVAREZ, «Tratamiento penal del partícipe arrepentido» En Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1992.

¹⁸⁸ Vid. Nota 1 al pie núm. 36.

organización; y, por último, la colaboración activa con las autoridades penales encargadas de la prevención y represión del delito.

En cuanto a la intervención del arrepentido en el proceso penal, debemos configurarla como una infiltración de carácter semipúblico pues el Estado recurre a un particular con la intención de averiguar datos sobre los hechos delictivos propios de la determinada organización criminal de que se trate¹⁸⁹. Esta actuación se llevará a cabo con consentimiento y bajo el control de los poderes públicos. Así, el Estado utiliza a un particular para satisfacer el interés público de prevención y represión del delito.

No obstante, hay que aclarar que la actuación del arrepentido es voluntaria, en tanto en cuanto él es quien muestra el interés por colaborar con las autoridades encargadas de la prevención y persecución de los delitos para la obtención de ciertos beneficios consistentes en una extinción o reducción de pena y la obtención de protección personal¹⁹⁰.

Por tanto, no se exige un elemento subjetivo o actitud altruista de arrepentimiento, es suficiente que realice una aportación objetiva, seria y eficaz, en los términos legalmente establecidos, para facilitar la persecución de tan graves manifestaciones de criminalidad¹⁹¹. Así para tener ese tratamiento especial que dispone el Código Penal necesario que, desistiendo de su actividad en el grupo u organización criminal, colabore en la desarticulación de ésta o en la detención de sus miembros o dirigentes¹⁹². En este sentido, realmente lo que se

¹⁸⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 128.

¹⁹⁰ MONTOYA, *Informantes y técnicas de investigación...* op. cit., pág. 202. Así el arrepentido está relacionado con los beneficios acordados para quienes colaboran con la justicia en la investigación de ciertos tipos delictivos. Se trata efectivamente de colaboradores a cambio de beneficios procesales que brindan información que permite luchar contra el crimen organizado.

¹⁹¹ GRANADOS PÉREZ, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia...» op. cit., pág. 95.

¹⁹² QUINTERO OLIVARES, «Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública», En Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1992.!

aprecia en la conducta del arrepentido no es tanto el arrepentimiento en sí, como la disociación y colaboración con la justicia.

Por ello, para que el sujeto arrepentido se aproveche de determinados beneficios penales¹⁹³ tendentes a la reducción de la pena, es necesaria la existencia de un arrepentimiento activo. Lo que significa que, debe existir voluntad de abandonar libremente la organización criminal, sus actividades delictivas¹⁹⁴ y, se presente a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado, colaborando activamente con las autoridades para impedir la producción del delito o ayudando eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables¹⁹⁵.

La colaboración con las fuerzas del orden pueden encaminarse sentido diferenciados: en primer lugar dando toda la información

¹⁹³ Estos beneficios penales no son automáticos al arrepentimiento, el arrepentido debe manifestar su cambio de vida, así lo indica el TEDH, en Sentencia de 6 de abril de 2000 (Caso Labita contra Italia). Sentencia dictada pone de relieve la importancia de la intervención del arrepentido mediante la cual se logra la detención de un ciudadano italiano por pertenecer a la mafia: «en primer lugar, que el procedimiento relativo a las medidas preventivas era totalmente distinto del procedimiento penal, de forma que la absolución no tenía un efecto automático en las medidas preventivas ya tomadas. De todas formas, el demandante no había demostrado realmente haber cambiado su modo de vida ni haberse realmente arrepentido.»

¹⁹⁴ El abandono voluntario, según palabras de MUÑOZ CONDE, supone la desvinculación de la organización criminal delictiva a la que pertenece. Siendo la voluntariedad, no como el simple no quiero aunque puedo llevar a cabo el acto sino el regreso a la legalidad por motivaciones que no tienen por qué ser éticas, pero sí de respeto y de asunción de la legalidad. MUÑOZ CONDE, «Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada» En GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (director), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, ayuntamiento de Sevilla, UIMP, Sevilla, 1996, pág. 151.

¹⁹⁵ Así lo dispone el art. 376 del CP: «Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que ha pertenecido o con las que haya colaborado» Igualmente lo señala el art. 579 CP para el delito de terrorismo.

que haya obtenido durante el transcurso del tiempo que ha sido parte activa de la organización criminal; y en segundo lugar, que su actuación consista en su continuación como miembro de la organización, de forma simulada, para así poder obtener mayor información sobre los delitos que se encuentren en fase de preparación o de ejecución, aunque puede implicar algo más de riesgo para la persona del arrepentido. De este modo, el arrepentido no oculta su verdadera identidad sino sus verdaderas intenciones, de colaborar con la justicia. Es esta segunda opción, la que hemos configurado como infiltración semipública, asemejándose en determinados aspectos con la infiltración policial como pondremos de relieve más adelante.

A la hora de entender la figura del arrepentido debemos precisar varios aspectos: por un lado que el arrepentido puede no haber formado parte en las acciones delictivas y por tanto no será coimputado, sino simplemente arrepentido o colaborador de la justicia, es decir, una persona que habiendo formado parte de la organización no ha cometido ningún delito en las diferentes formas de participación; en segundo lugar que el arrepentido puede haber participado en la comisión de las conductas delictivas objeto de la información, en cuyo caso, será arrepentido-coimputado; y, en tercer lugar, el simple coimputado, es decir, aquél que colabora con la justicia o facilita información con el simple ánimo de venganza.

Aunque la persona del arrepentido no siempre coincidirá con la persona del coimputado, y viceversa, esta situación idílica que a efectos probatorios proporciona el arrepentido, se derrumba, cuando a la vez se convierte en coimputado en el mismo proceso penal. Estos supuestos, se suscitan cuando el arrepentido como miembro de la organización ha participado como autor, cómplice o cooperador, en la acción delictiva.

El arrepentido-coimputado, es el antiguo miembro de la organización que cansado por la participación en las conductas delictivas de la misma, colabora de forma activa con la justicia para la prevención y represión de la actuación propia de la organización, es decir, permanece de forma encubierta en el entramado al que perteneció. Igualmente, hemos fijado que la persona, aunque colabore con la justicia tendrá que responder penalmente por los delitos que se le imputan. Por lo tanto, en su caso asumirá el rol tanto de arrepentido como de coimputado.

No obstante, hay que advertir que en la figura del coimputado no tiene porque encontrarse siempre el ánimo de abandonar la organización o arrepentimiento previo, sino que una vez detenido y creyéndose poseedor de determinados beneficios procesales y penales puede declarar contra todos aquellos miembros restantes, delatando la actuación de los mismos. La única diferencia existente entre el arrepentido y el coimputado es que el arrepentido podrá gozar de ciertos beneficios penales circunscritos a los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, mientras que el simplemente coimputado no.

Por ello, debemos matizar que a los efectos de este trabajo de investigación, analizaremos el valor que se otorga a la declaración del arrepentido-coimputado que actúa de forma activa con el poder público para conseguir la satisfacción del interés del Estado en cuanto a la prevención y represión de la criminalidad organizada. De este modo, podemos afirmar que en el caso que analizaremos la condición de coimputado es inherente a la de arrepentido.

El problema principal radica en la dudosa credibilidad de la declaración del coimputado puesto que puede venir influida por ánimos de venganza¹⁹⁶. Así, con respecto a las declaraciones del arrepentido-

¹⁹⁶ RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*,... op. cit. pág. 78. en este sentido manifiesta el TEDH: «*delicados problemas ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley concede a los arrepentidos o, incluso venganzas personales... las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas por otros elementos de prueba*» STEDH de 6 de abril de 2000 (Caso Labita contra Italia). Por su parte el Tribunal Supremo se refiere a la figura del arrepentido como: «*La declaración del acusado arrepentido, por supuesto no recurrente, forma parte de la prueba y se ve afectada por cuanto se viene exponiendo. Sin embargo ha de decirse su trascendente contenido así como también las causas que propiciaron la misma, adecuadamente puestas de manifiesto por los Jueces de la instancia en el segundo fundamento jurídico de la resolución impugnada. El deseo de obtener, como efectivamente obtuvo, un favorable tratamiento penal no sólo en cuanto a las penas que habrían de imponérsele por su participación en los hechos sino también respecto a la privación de libertad, fue el primero de los motivos que guió la conducta del arrepentido. También, e independientemente de la ayuda que quería prestar para poner fin a la expansión del ilícito tráfico de estupefacientes, actuó movido por un cierto ánimo vengativo al menos respecto de alguno de los acusados. Las dudas con que han de ser recibidas esas manifestaciones quedaron sin embargo superadas por las demás pruebas que en cada caso confirmaron su*

coimputado, hay que tener en cuenta que, tal y como afirman algunos autores como QUINTERO, sus revelaciones no debieran merecer la valoración de denuncia cierta y verosímil, pues existe el razonable riesgo de que sus manifestaciones o acusaciones no sean otra cosa que fabulaciones ideadas para lograr los beneficios de la indulgencia que para ellos ofrece el sistema jurídico, o que puede ofrecer, o, en su caso, un indulto total o parcial¹⁹⁷.

En el mismo sentido, la Jurisprudencia tacha la declaración del coimputado como no válida para desvirtuar la presunción de inocencia, puesto que el coimputado, al no estar sometido al deber de juramento previsto para de los testigos, podrá acogerse al derecho a no autoincriminarse¹⁹⁸.

No obstante, hay que tener en cuenta que el arrepentido-coimputado, proporcionará más información que la que supone la comisión del hecho delictivo como datos de la organización relativos a composición, estructura, actividad, vinculaciones nacionales e internacionales con otras organizaciones, delitos cometidos o que pudiesen cometer... En definitiva todos aquellos datos relevantes que pudieran servir de ayuda para llegar a la desarticulación de la organización.

contenido.» SSTs de 5 de noviembre de 2003 (Tol 327757); de 7 de diciembre de 1996 (Tol 406067).

¹⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, «Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública»... op. cit.

¹⁹⁸ STS de 30 de abril de 2004 (Tol 448597). Por su parte el TC dispone que: «*a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente lógica o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia*» STC 115/1998, de 1 de junio. En este sentido la STEDH de 25 de febrero de 1993 (Caso Funke c. Francia) establece que la declaración del coimputado es sospechosa cuando se trata de la única prueba de cargo en la medida en que el acusado no solo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa.

Por ello, cuando hablamos de arrepentido-coimputado podemos hablar de dos «facetas» en torno a sus declaraciones: por un lado, la faceta de coimputado, cuando narran su participación en hechos delictivos como miembro activo de la organización. Y por el otro, en su faceta de arrepentido, cuando suministra datos relativos a la organización.

En este sentido, hay que hacer una doble distinción en cuanto a la declaración que realice: una parte en la que contará los hechos delictivos en los que haya participado. Y otra parte, en la que referirá los datos relativos a la organización. En cuanto a la primera, la declaración del coimputado, señala el Tribunal Constitucional: que:

«a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso»¹⁹⁹.

De este modo para que la declaración del coimputado, pueda servir como prueba de cargo, no puede tener finalidad exculpativa, además de tener que concurrir en ellas hechos o indicios externos o periféricos que la doten de verosimilitud bastante para hacer razonable su valoración favorable²⁰⁰. Además, teniendo en cuenta que la única manera que la información ofrecida por el arrepentido puede entrar

¹⁹⁹ STC 190/2003, de 27 de octubre.

²⁰⁰ Así establece el Tribunal que es necesario constatar la concurrencia de elementos de corroboración objetivos y la ausencia de elementos de incredibilidad subjetivos (STS de 13 de julio (Tol 211172); SSTC 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo; 115/1998, de 1 de junio; 63/2001; 68/2001; 69/2001; 70/2001, de 17 de marzo; 72/2001, de 26 de marzo; 182/2001, de 17 de septiembre; 2/2002, de 14 de enero; 57/2002, de 11 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; 70/2002, de 3 de abril; 125/2002, de 20 de mayo; 155/2002, de 22 de junio; 181/2002, de 14 de octubre; 207/2002, de 11 de noviembre; 1196/2003, de 26 de septiembre).

en el acto del juicio oral es mediante su declaración²⁰¹, será necesario que se acrediten dichas afirmaciones, ofrecidas por los arrepentidos-coimputados, mediante otras pruebas que lo corroboren para que puedan ser consideradas como veraces²⁰² y ello por el posible ánimo de venganza o simple obtención de beneficios procesales al también ostentar la condición de imputado en el proceso penal en cuestión²⁰³. Así, pueden ser tenidas en cuenta, atribuyéndoles credibilidad como prueba de cargo suficiente, siempre que se valoren a la luz de un conjunto de elementos especialmente orientadores, tales como la personalidad del delincuente y las relaciones que, precedentemente, mantuviesen con el señalado copartícipe²⁰⁴.

²⁰¹ GRANADOS PÉREZ, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia»... op. cit. pág. 96.

²⁰² RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*,... op. cit. pág. 78. STC 142/2003, de 14 de julio; 25/2003, de 10 de febrero; 207/2002, de 11 de noviembre; 68/2002, de 21 de marzo; 2/2002, de 14 de enero; 182/2001, de 17 de septiembre. El valor de la declaración del coimputado está condicionada a la comprobación de una serie de extremos: a.- ausencia de móvil espurio de la declaración del coimputado; b.- ausencia de ánimo de autoexculpación o de obtención de un trato favorable en la sentencia; c.- índole de las relaciones anteriores entre el coimputado y el inculcado; d.- rasgos de la personalidad del coimputado declarante que influyan en el valor probatorio de los dicho por él (STS de 28 de noviembre de 1997 (Tol 404765); de 22 de enero de 1999 (Tol 272627); 22 de febrero de 1999 (Tol 2923). Por su parte el TC también ha establecido un «factor de fiabilidad», cual es la existencia de otras pruebas que aunque sea mínimamente corroboren la versión del coimputado. Además GASCÓN INCHAUSTI, *El control de fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Revista General de Derecho, Valencia, 1999, pág. 124 y ss; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, 1997, pág. 205 y ss. Establece el autor que la declaración inculpativa verificada por un coimputado constituye, pues, según nuestra Jurisprudencia, medio hábil o apto para destruir la presunción de inocencia y constitutivo por tanto de aquella mínima actividad probatoria de cargo suficiente para formar la convicción del juzgador. FLORES PRADA, *El valor de las declaraciones de los coimputados*, Madrid, 1998, pág. 19 y ss.

²⁰³ Como señala BENÍTEZ ORTÚZAR, la posibilidad de inculpar a personas que realmente no han participado en los hechos no permite fundamentar una hipotética condena de un tercero sobre la exclusiva declaración del coimputado delator. En *El «colaborador con la justicia»*... op. cit., pág. 168.

²⁰⁴ MORENO CATENA, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español En FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organiza-*

Igualmente, toda esta información puede servir como líneas de investigación o indicios para continuar o comenzar una investigación, sobre todo en aquellos casos en que el arrepentido no testifique en el acto del juicio oral.

Para finalizar, otro aspecto relevante y que precisa, al menos, ser mencionado es la protección que se le dispensará al arrepentido pues su actuación, supone delatar a los restantes miembros de la organización criminal dado que no es propiamente un testigo²⁰⁵. No obstante, hay que recordar que si bien el sujeto arrepentido tiene la condición de coimputado con respecto a sus incriminaciones tendrá la consideración de testigo con respecto a las demás personas imputadas²⁰⁶.

Por ello, debemos considerar que, dicha protección, debe quedar amparada por la Ley 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales. Si bien hay quien entiende que la figura del arrepentido no entraría en el ámbito subjetivo de aplicación de la citada ley, ya que no es exactamente ni perito ni testigo. Otros autores, sin embargo, han propuesto una interpretación autónoma y amplia del concepto de testigo que permita su inclusión basada no en su posición procesal formal de imputado, sino en el contenido material de la declaración prestada en el proceso, la de «testigo» con respecto a los

da. *Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pág. 143. DÍAZ PITA, *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 417 y ss, señala que el órgano judicial que presencia tales declaraciones no se halla sujeto a criterios tasados, sino todo lo contrario, es decir, la actividad de apreciación de los resultados arrojados por la práctica de este medio de prueba quedaría supeditada exclusivamente al criterio de la libre apreciación de la prueba o apreciación en conciencia previsto en el artículo 741 LECrim. no obstante, señala que hay que tener cautela a la hora de tener en consideración estas pruebas pues de ellas se deriva un alto riesgo de falta de credibilidad. De este modo señala unos criterios de verificación de la fiabilidad de tales manifestaciones tales como la personalidad del delator, la relación que mantienen los coimputados, la presencia de móviles espurios, el ánimo de autoexculpación.

²⁰⁵ SEOANE SPIEGELBERG, «Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas». En *Actualidad Penal*, 1996, pág. 350.

²⁰⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 157.

hechos de los otros componentes de la organización²⁰⁷. Es por ello, que aunque la Ley de protección de testigos y peritos no establece nada acerca de la protección que debe dispensarse a los arrepentidos que colaboran con la justicia, debemos entender que por la especial situación de peligro que entraña su declaración deben ser considerados amparados por la norma²⁰⁸.

B) Similitudes y diferencias entre el arrepentido y el agente encubierto

En el apartado anterior hemos puesto de relieve dos formas de sujetos arrepentidos: el que colabora con la justicia proporcionando la información que conoce por haber pertenecido al entramado criminal; y el colaborador activo que será el sujeto que, además de proporcionar información sobre determinados aspectos del entramado, continúa de forma encubierta en el seno de la organización para recabar el mayor número de datos posibles, que permitan lograr la desarticulación del entramado, fundar una sentencia de condena contra todos los responsables, así como, interrumpir las acciones delictivas que se vayan a desarrollar.

De este modo, las posibles diferencias y similitudes existentes entre la figura del agente encubierto y el arrepentido solo cabe entenderlas desde la segunda premisa. Es decir, siempre que permanezca de manera encubierta en la organización criminal a la que

²⁰⁷ ZARAGOZA AGUADO, «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»,... op. cit., pág. 22. MORENO CATENA señala al respecto que la inclusión de las personas coimputadas (arrepentidas o no) en el ámbito de protección de la Ley 19/1994 es evidente en tanto en cuanto el riesgo que se genera para el declarante con estos testimonios no sólo es equiparable, sino que excede en la mayoría de los casos del que se asume por los testigos, aunque no les alcanzará la ocultación de la identidad, en «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español»,... op. cit., 144.

²⁰⁸ En este sentido la Unión Europea en Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996 relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, insta a los Estados miembros a que adopten medidas de protección adecuadas respecto a personas y, si procede, sus padres, hijos y otras personas allegadas a ellas, que, por el hecho de estar dispuestas a cooperar con el proceso judicial, estén expuestas a peligro grave e inmediato, o pudieran estarlo.

perteneció. No obstante, hay que advertir que el agente encubierto y el arrepentido son realidades jurídicas diferentes y que en ningún caso pueden ser confundidas, pues, en el caso en que el agente encubierto tenga que ser considerado como un imputado más, debemos considerarlas como actuaciones fingidas que quedan al amparo de la regulación de la infiltración policial²⁰⁹.

Una primera diferencia evidente es el carácter de policía del agente encubierto y de particular del arrepentido. Ahora bien, tanto el agente encubierto como el arrepentido buscan la satisfacción de un interés público, la represión y prevención de los delitos. En torno a esta similitud existe una importante diferencia. Mientras que el agente encubierto lo hace de manera altruista como función propia de su cargo, el arrepentido, colabora con la justicia a cambio de ciertos beneficios tanto penales²¹⁰ como referidos a su protección personal.

Ambos sujetos actúan de manera encubierta pero con una importante diferencia. Si bien, ambas actuaciones son catalogadas como infiltraciones, la actuación del agente encubierto es una infiltración policial de carácter jurisdiccional o policial, mientras que, la actua-

²⁰⁹ Por ejemplo, la posibilidad de que el infiltrado adopte el rol de arrepentido. Lo que no sucederá es que el agente encubierto adquiera la condición de coimputado, ya que éste no podrá en ninguna de las formas de participación posible realizar una acción criminal, salvo las que se les autorice. Por ejemplo, si los miembros de la organización son detenidos, es necesario para la salvaguarda de la integridad del infiltrado, no levantar sospechas, que sea detenido, pudiendo de este modo dar toda la información relevante que haya recabado concerniente a la banda organizada. Otra situación posible es que el agente encubierto pase a convertirse en arrepentido con el único propósito de abandonar la organización. Es decir, cuando la infiltración policial debe concluir, el agente encubierto no puede desaparecer sin más puesto que eso conllevaría un peligro incalculable para la vida del agente. No obstante, se podrá proceder a la detención de los responsables, entre ellos el infiltrado, para hacerse pasar por arrepentido y así poder trasladar toda la información de relevancia concerniente a la organización, lo que no provocaría desvelar la condición de policía del agente encubierto.

²¹⁰ No obstante, hay que tener en cuenta que estos beneficios penales se adoptarán de manera discrecional por el órgano judicial enjuiciador dependiendo de la gravedad de la conducta criminal del arrepentido. Vid BENÍTEZ ORTÚZAR, *El «colaborador con la justicia»...* op. cit., pág. 169 y ss.

ción del arrepentido es una infiltración semipública y sobrevenida ejecutada bajo el control de los poderes públicos²¹¹.

En cuanto a la existencia de engaño, el arrepentido, una vez que continua, en el entramado criminal no oculta su verdadera identidad sino sólo las intenciones de su continuación.

La intervención de un agente encubierto y de un arrepentido, se circunscriben a la delincuencia organizada aunque en el caso de los arrepentidos, se reduce aún más el ámbito de aplicación: sólo a los delitos de terrorismo y tráfico de drogas²¹² previstos en los arts. 376 y 579 del Código Penal respectivamente.

En ambas intervenciones, serán los poderes públicos los que diseñen la infiltración, aunque, en el caso del arrepentido es él el que toma la iniciativa de ponerse en contacto con las autoridades penales. No obstante, su faceta de colaborador activo de la justicia será diseñada y controlada por los funcionarios encargados de la persecución penal.

Por otra parte, la actuación del arrepentido y del agente encubierto una vez infiltrados en el seno de la organización es bien distinta. En este sentido, el arrepentido ya pertenece a la organización

²¹¹ En la Jurisprudencia se encuentran algunos supuesto de infiltración sobrevenida en que los arrepentidos han delatado a sus compañeros y han seguido permaneciendo con ellos hasta la consumación del hecho delictivo: ATS de 13 de julio 1999 (Tol 440207): «consta en las actuaciones, por las propias declaraciones del recurrente, que es él el que propone a José Antonio la participación en la importación de la cocaína, poniendo éste en conocimiento de la Policía y de la Fiscalía tales hechos constitutivos de un delito y consintiendo su actividad en permanecer en el mismo sin comunicar al recurrente su delación, por lo que no existe provocación del delito sino simular una coautoría de un delito preexistente, que ya había comenzado a ejecutarse con el envío de la droga desde Sudamérica, elemento éste relevante porque es, precisamente, la modalidad delictiva del tráfico de drogas -con normal ejecución en tracto sucesivo- la que habilita la posterior intervención policial como consecuencia de la denuncia de José Antonio que contacta con el impugnante con posterioridad a la ejecución del delito, y que si bien utiliza medios engañosos, fingiendo intenciones irreales, sin embargo no origina un delito antes inexistente, sino que sólo sirve para descubrir aquél que ya se ha cometido con anterioridad.» STS de 27 de enero 1995 (Tol 405439).

²¹² Este es el ámbito de aplicación en el ordenamiento español donde se prevé la atenuación de la pena en uno o dos grados. En cuanto a otros ordenamientos Vid. nota al pie núm. 36.

criminal y por tanto ya tiene un status en la misma, por lo que no tendrá que forjar las relaciones con la organización como es el caso del agente encubierto. Este status del arrepentido, en la organización criminal, puede tener un *handicap* pues su continuación en la organización debe realizarse sin ánimo de delinquir. Su única función desde el momento en que acude a las autoridades, es recabar el mayor número de datos posibles. Pero su desconexión absoluta con la actividad delictiva, puede levantar las sospechas de los restantes miembros de la organización lo que generaría un riesgo para la vida y la integridad de la persona del arrepentido. Así, en tanto en cuanto el arrepentido actúa bajo el control de los poderes públicos, son ellos los que deberán dirigir su actuación en la organización. Y en nuestra opinión, debería permitírsele la realización de las mismas funciones que al agente encubierto en cuanto al *adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*, siempre bajo el estricto control de los poderes públicos.

Un problema común a los dos es la posible ilicitud de los datos recabados en caso de que hayan sido obtenidos mediante la violación de algún derecho fundamental pues la eficacia de estos derechos afecta de igual forma a los poderes públicos y a los particulares²¹³.

De todo lo expuesto podemos deducir que, las diferencias, entre el agente encubierto y el arrepentido son bastantes nítidas y que la actuación de uno, nada tiene que ver con la del otro salvo, por la satisfacción del interés público que se pretende con ambas acciones.

3. El confidente

Para la eficaz lucha del crimen organizado, se requiere una importante labor de información, sobre todo de fuentes vivas entre las que se encuentra el confidente policial. Mediante esta figura, se obtienen datos de primera mano sobre preparativos, posibles autores de hechos delictivos, localización de personas, etc²¹⁴.

²¹³ Vid. GARCÍA TORRES. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.

²¹⁴ HERNANDO MARTÍN, «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones», en www.cej.justicia.es pág. 1395.

El confidente, más que con el agente encubierto, se acerca a la figura del arrepentido pues ambos son particulares que de una forma u otra colaboran con las autoridades penales, proporcionando información acerca de la organización criminal que se pretende investigar. Ahora bien, en este punto, pretendemos poner de relieve las particularidades del confidente para más adelante destacar aquellas posibles similitudes y divergencias que puedan darse entre la figura del agente encubierto y la del confidente.

La figura del confidente surge como alternativa al ya agotado espíritu de colaboración ciudadana que se estiló como fuente, casi exclusiva, de iniciación de actuaciones procesales penales el pasado siglo²¹⁵.

La habitualidad en la participación del confidente, en la investigación de los hechos delictivos, se hace presente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. De los pronunciamientos jurisprudenciales se desprende que son las fuerzas policiales las que buscan la colaboración de los particulares confidentes como medio lícito de investigación criminal²¹⁶.

La declaración del confidente, podrá aportar datos para la investigación del hecho delictivo²¹⁷. Puede o no pertenecer al ámbito de-

²¹⁵ VELASCO NÚÑEZ, «El confidente», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1992.

²¹⁶ SSTs de 8 de noviembre de 2006 (*Tol 019009*); de 28 de abril de 2006 (*Tol 935041*); de 6 de julio de 2005 (*Tol 738297*); de 23 de marzo de 2005 (*Tol 622964*); 30 de diciembre de 2004 (*Tol 564817*); 2 de febrero de 2004 (*Tol 352496*); de 15 de diciembre de 2003 (*Tol 352399*); de 18 de septiembre de 2003 (*Tol 316483*); de 17 de junio de 2003 (*Tol 305552*); de 4 de octubre de 2002 (*Tol 222565*); de 30 de septiembre de 2002 (*Tol 229905*); de 12 de febrero de 2001 (*Tol 27481*); de 18 de octubre de 2000 (*Tol 7892*); de 30 de septiembre de 1998 (*Tol 109324*); 9 de marzo de 1998 (*Tol 238764*); 3 de marzo de 1998 (*Tol 77053*); de 14 de noviembre de 1996 (*Tol 406116*). La figura del confidente también ha sido utilizada en procesos de vital relevancia en España. Un claro ejemplo es la utilización por parte de la Guardia civil de confidentes en el caso del 11-M. Desgraciadamente, la información proporcionada por el confidente, un año antes de los lamentables atentados, no fueron tenidas en cuenta por este Cuerpo. Así se pone de manifiesto en *El País* el martes 17 de abril de 2007.

²¹⁷ En este sentido señala HERNANDO MARTÍN, que las manifestaciones de un confidente es sólo un medio para tener conocimiento de una determina-

lictivo que se está investigando, es decir, puede ser un delincuente de pequeña escala que, a cambio de ciertos favores, dice a las autoridades información relevante sobre la organización objeto de investigación. Es por ello, por lo que se distingue entre el confidente anónimo²¹⁸ o no.

Una peculiaridad básica en la actuación del confidente es que no se requiere de su infiltración en el entramado organizativo del que proporciona la información, lo que supone una diferencia clara con la figura del agente encubierto. De este modo, la actuación del confidente, se limita a dar información sobre la comisión de determinados hechos delictivos de los que tiene conocimiento. No obstante, puede darse la situación de que este sujeto se integre en la estructura criminal bajo la supervisión y control de los poderes públicos²¹⁹.

A) Concepto y características del confidente

En primer lugar, hay que determinar que hablar de confidente es hablar de colaborador judicial. Se configura como uno de los medios tradicionales de investigación de los delitos, que, al igual que el arrepentido, se enmarca en las infiltraciones semipúblicas.

A este respecto señala GIMENO SENDRA que, el confidente, es la persona perteneciente, por lo general, a los ambientes delictivos²²⁰,

da información, que siempre necesita ser comprobada por las Fuerzas de Seguridad. En «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones»... op. cit., pág. 1395.

²¹⁸ La figura del confidente anónimo es diferente a la del denunciante anónimo. Se trata de un colaborador o informante de la policía, siendo ésta la que mantiene su identidad en el anonimato. Esta situación bajo nuestro punto de vista persigue que el confidente siga colaborando con las autoridades. Es más la Jurisprudencia ha admitido la posibilidad del confidente anónimo. STS de 17 de junio de 2003 (Tol 305552).

²¹⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 147 y ss.

²²⁰ HERNANDO MARTÍN, «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones»,... op. cit., pág. 1395. Señala el autor que normalmente los confidentes policiales deben ser personas cercanas a los grupos sobre los que ofrecen la información dado que una persona normal no va a tener información sobre las actividades de una organización criminal.

que prestan a la policía el servicio de proporcionarle información, no siempre con fines altruistas y en defensa de la sociedad, sino a cambio de dinero o cierto trato de favor por parte de los agentes policiales²²¹. Es decir, el clásico soplón o chivato cuya actividad puede estar premiada, ya sea con ventajas materiales (entrega de dinero, droga o protección) y/o procesales²²².

En otras ocasiones, el confidente puede actuar como agente provocador incitado por las autoridades de represión del delito, en cuyo caso, estaríamos ante actuaciones ilícitas por entender que la actuación del confidente supone el nacimiento de la intención de delinquir en la persona investigada, es decir, la existencia de un delito provocado²²³.

²²¹ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal*... op. cit., pág. 409.

²²² PÉREZ ARROYO, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de las pruebas y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal»... op. cit., pág. 2. Por su parte MONTOYA define la figura del confidente como: aquella persona cuyos datos son reservados, que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios policiales en la investigación del delito. Hay que resaltar que el confidente actúa desde fuera, es decir que la información la recaba desde el exterior sin que para ello sea necesaria trazar lazos con los miembros de la organización. MONTOYA, *Informantes y técnicas de investigación encubierta*, pág. 185. en igual sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Comentario a la LO 5/1999, de 13 de enero: "la entrega vigilada" y "el agente encubierto"»... op. cit., pág. 5. Refiriéndose tanto al arrepentido como al confidente, la Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, se invita a los Estado miembros a que «consideren la posibilidad, con arreglo a los principios generales de su ordenamiento jurídico, beneficios específicos a quienes rompan sus vínculos con una organización delictiva, se esfuercen en evitar la continuación de las actividades delictivas o ayuden de forma concreta a las autoridades policiales o judiciales a reunir los elementos de prueba decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la identificación o la detención de los autores del delito». DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 45.

²²³ Así lo pone de relieve la SSTS de 4 de abril de 2003 (Tol 276410); de 30 de septiembre de 2002 (Tol 229905); de 14 de julio de 2000 (Tol 273223); 9 de marzo de 1998 (Tol 238764); de 3 de noviembre de 1993 (Tol 401598); de 21 de julio de 1992 (Tol 398283). ATS de 13 de julio de 1999 (Tol 440207).

Los confidentes policiales, normalmente, provienen de los ambientes criminales y, por ello, prefieren permanecer con su identidad oculta²²⁴. Es decir, se trata de la protección de las fuentes de información de la policía mediante el reconocimiento de su derecho a no descubrir ni revelar los datos de identidad del informador²²⁵. En este sentido, señala BARCELONA LLOP, que el fundamento de la ocultación de la identidad del confidente se debe, fundamentalmente, a la salvaguardia de su derecho a la intimidad cuanto por la de su vida o integridad física²²⁶.

De este modo, debemos considerar una doble dimensión en cuanto a la ocultación de la identidad del confidente. De un lado, la actuación de la policía al ocultar la identidad de su informante. Por otro lado, la ocultación, no de la identidad sino de su condición de confidente, es decir, de sus intenciones a los miembros de la organización que se está investigando. Esta idea es básica para hacer una distinción fundamental con el agente encubierto, pues en la actuación del confidente no existe el doble engaño presente en las intervenciones de los agentes encubiertos.

En España, lo más habitual es que el confidente policial pertenezca a los entornos criminales y por ello se infiere la posible participación en la comisión de actividades delictivas. De todas esas actividades delictivas, de las que haya participado antes de prestar su colaboración a las fuerzas policiales, deberá responder penalmente, sin perjuicio de que se le beneficie con ciertas ventajas por su participación activa con las autoridades. No obstante, la actuación como confidente nunca supondrá la exención de responsabilidad penal.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de diciembre de 2004.

²²⁴ BERNAL VALLS, «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual», en *Revista del Poder Judicial*, n° 5, CGPJ, Madrid, 1987.

²²⁵ En cuanto al deber policial de guardar en secreto la identidad del confidente consultar VELASCO NÚÑEZ, E, «El confidente»... op. cit.

²²⁶ BARCELONA LLOP, «El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Acceso judicial a la obtención de datos*, CGPJ, Madrid, 1997. A este respecto MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación*... op. cit., pág. 67.

Diferente situación, se observa en el ordenamiento jurídico alemán donde se prevé la actuación de confidentes particulares que no pertenecen a los bajos fondos criminales. Así, es posible que las autoridades alemanas acudan a personas privadas, que no son miembros de policía, pero que trabajan para ella y que se les conoce con el nombre de *V-Mann*.

Por otro lado, la actuación del confidente no se limita a la delincuencia organizada sino que, por el contrario, las autoridades encargadas de la represión y prevención de los delitos pueden recurrir a este tipo de colaboración cuando estimen oportuna su intervención.

Su labor propia, por tanto, es suministrar información sobre el entramado criminal que se investiga. Esta información, va a ser elaborada y tratada en instancias policiales²²⁷, y puede suponer un empuje a la investigación que se esté llevando a cabo²²⁸. No obstante, y como hemos puesto ya de relieve, es admitida por la Jurisprudencia la posibilidad de que en el atestado no se revele que la información ha sido transmitida por un confidente²²⁹. Todos los datos que haya

²²⁷ MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación*... op. cit., pág. 67. El colaborador policial que aporta y facilita información proviene normalmente de ambientes criminales o delictivos, y habitualmente permanece bajo identidad oculta, lógicamente para evitar represalias de los sujetos delatados. El tratamiento de esta información, supone una comprobación por parte de la policía pues la simple manifestación del confidente no puede suponer la solicitud de una entrada y registro o la intervención de las comunicaciones. Vid. HERNANDO MARTÍN, «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones»... op. cit., pág. 1395.

²²⁸ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 45. Pone de relieve, VELASCO NÚÑEZ, que en este sentido las declaraciones del confidente pueden llevar a *crear y originar una investigación que no es sino una infamia*. VELASCO NÚÑEZ, «El confidente»... op. cit. En cuanto al carácter de utilidad como línea de investigación la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003 (Tol 305552), estima que las declaraciones de los confidentes pueden *servir como punto de partida de una investigación*.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 (Tol 7892). Esta posibilidad, que como advertimos es admitida por la Jurisprudencia, es para DELGADO GARCÍA, una cortina que frecuentemente esconde las actuaciones irregulares de la policía. En *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 45.

proporcionado el confidente, no son, evidentemente, suficientes para desarticular una organización criminal sino que, una vez comprobadas, hay que complementarlas por otros medios de investigación²³⁰. En este sentido, en la práctica diaria, las declaraciones suministradas por ellos, no son suficientes para fundamentar una sentencia de condena, sino que habrá de ser complementadas con otras medidas de investigación²³¹.

Admitida la posibilidad de que el confidente oculte su condición de policía en la fase de investigación, diferente es la situación que acontece en el acto del juicio oral²³². En ningún caso, se admitirá la salvaguarda del anonimato a través del testimonio de referencia de los policías a los que le proporcionaron la información²³³. A lo sumo, se permitirá que el confidente se acoja a las previsiones dispuestas en la Ley de protección de testigos y peritos.

Para finalizar, son factores a tener en cuenta, los móviles y el carácter del confidente, su participación anterior en el asunto que intervenga (si es el caso) o en cualquier otra actividad delictiva, la

²³⁰ Así por ejemplo, la información proporcionada por un confidente puede servir para articular una infiltración policial con mejores expectativas de éxito pues se pueden conocer, gracias al confidente policial, mayores entresijos de la estructura criminal.

²³¹ HERNANDO MARTÍN, «La guardia civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones»... op. cit., pág. 1395.

²³² No obstante, si se quiere usar su testimonio como prueba, debe llevarse al confidente al juicio oral para que lo contradiga la defensa. CHOCLÁN MONTALVO, «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», en *Revista del Poder Judicial*, n° 38, Madrid, 1995. Igualmente en este sentido el TEDH estima que el CEDH no impide apoyarse en la fase de investigación en fuentes tales como el confidente o informante. Pero el uso posterior de esas declaraciones como pruebas de cargo para justificar una condena, suscitan otro problema cual es la limitación de la previsión recogida en el artículo 6 del Convenio. [SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 (Caso Kostovski); de 27 de septiembre de 1990 (Caso Windisch); de 9 de junio 1997 (Caso Teixeira de Castro)].

²³³ En este sentido, debemos poner de manifiesto la exigencia que se hace a los testigos de referencia sobre la necesidad de precisar el origen de la noticia, designando nombres y apellidos o señas con que fuere conocido. Es por ello, por lo que no se podría garantizar de ningún modo el anonimato del confidente.

fidelidad demostrada, y la disponibilidad de medios para cotejar la información facilitada.

B) *Similitudes y diferencias entre el confidente y el agente encubierto*

Nos encontramos ante dos figuras realmente dispares que sirven para garantizar la eficacia de la lucha contra la criminalidad organizada, o no. No obstante, ambos sujetos realizan una función de infiltración donde predomina el engaño, aunque, si bien es cierto, sus actuaciones son bien diferentes.

Evidentemente, la principal diferencia que separa al agente encubierto y al confidente es el carácter de policía del primero. El confidente, es un particular que actúa bajo la supervisión y control de los poderes públicos, y que puede pertenecer a los bajos fondos, como en el caso español, o bien ser un particular que trabaja para la policía, como es el caso alemán. En ningún caso, ostenta el carácter de agente de las fuerzas de seguridad²³⁴.

Dentro del marco de actuación del confidente, hay que distinguir dos posibles situaciones. La primera de ellas, cuando las fuerzas de seguridad reclaman al confidente información sobre un determinado hecho delictivo y la segunda, cuando se le encarga una labor encubierta en una operación controlada. En el segundo de los supuestos mencionados, la actuación del confidente se asemeja más a la del agente encubierto, resultando la actuación del confidente infiltrado, totalmente imputable al poder público²³⁵.

De este modo, cuando el confidente actúa infiltrándose en la organización criminal, la diferencia con el agente encubierto estriba en la ocultación de la verdadera identidad ya que, como hemos dicho

²³⁴ Las funciones de confidente también podrá ser desarrolladas por un agente policial con una mera labor informativa de las acciones criminales. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Comentario a la LO 5/1999, de 13 de enero: "la entrega vigilada" y "el agente encubierto"»... op. cit., pág. 4-8; MONTÓN GARCÍA, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos»... op. cit., pág. 3.

²³⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 153 y ss. GUARIGLIA, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?»... op. cit., pág. 50.

anteriormente, el confidente sólo oculta sus verdaderas intenciones a los restantes miembros de la organización. Así igual que le ocurre al arrepentido infiltrado²³⁶, o al agente encubierto, el confidente deberá respetar en todo caso el sistema de derechos fundamentales y todo lo obtenido mediante su restricción ilegítima será de valoración prohibida.

La razón por la que se diseña una infiltración controlada por los poderes públicos, y llevada a cabo por un confidente, puede responder a diferentes razones condicionadas por las costumbres, la raza o las condiciones delictuales del grupo organizado. Esta operación se desarrollará bajo la supervisión de las fuerzas policiales, que creen obtener una mayor información si se infiltra a un particular confidente que a un miembro de las fuerzas de seguridad estatal. En nuestra opinión, consideramos que al no ajustarse a los parámetros establecidos legalmente para la infiltración policial, la planificación y autorización para proceder, competen en exclusiva a la policía, sin perjuicio de, recabar la perceptiva autorización judicial en caso de la restricción de un derecho fundamental.

Como ya dijimos anteriormente, el confidente transmite su información a la policía²³⁷. Y ésta, debe comprobarla para que pueda servir como indicios o claves de la investigación. Por ello, debemos colegir que la actuación del confidente, se realizará en la fase de investigación extraprocesal y, por tanto, sin necesidad de que se haya abierto el oportuno proceso penal. Sin embargo, la actuación del agente encubierto, como recordamos, procederá en un proceso penal en marcha.

La utilización de agentes encubiertos queda limitada a la delincuencia organizada grave que no pueda ser investigada de manera eficaz por otros medios. Por su parte, la participación del confidente, es mucho más amplia, no quedando circunscrita a una concreta forma criminal. Así los agentes de las fuerzas de seguridad, pueden hacer uso de los confidentes policiales «de su confianza», para la inves-

²³⁶ La diferencia básica con el arrepentido infiltrado está en que el confidente no formaba parte de la organización con anterioridad a que las autoridades diseñaran una infiltración controlada sino que pertenece a los bajos fondos criminales.

²³⁷ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal penal...*, op. cit. pág. 409.

tigación de todo tipo de actividad delictual. No obstante, y conforme a esta afirmación, el confidente puede intervenir en la investigación de delitos de tráfico de droga, armas, falsificación de moneda,... con independencia de que éstos sean desarrollados por una organización criminal o no.

La información obtenida por el agente encubierto en el desarrollo de la infiltración será utilizada como fundamento para la adopción de otras diligencias de investigación que podrán ser desarrolladas por agentes de policía ajenos a la infiltración misma y, en su caso, como prueba de cargo. Del mismo modo, la información suministrada por el confidente, podrá ser utilizada como línea de investigación pues desvelará datos relativos a la trama organizativa, en relación con los hechos cometidos o que se vayan a cometer. No obstante, el confidente puede conocerse de manera indirecta, por lo que la declaración en el juicio oral puede resultar algo más problemática, además, de los riesgos que conlleva para la persona del confidente.

Por último, debemos recordar que la actuación del agente encubierto es voluntaria y por ello deducimos que es el agente el que se ofrece para actuar como infiltrado. En cambio, el confidente no va de *motu proprio* a colaborar con las autoridades encargadas de la represión y prevención del delito, sino que por el contrario son éstas las que buscan la colaboración de estos sujetos para que proporcionen información relevante sobre algún caso concreto.

4. Denunciante anónimo

El denunciante anónimo, es considerado como el sujeto que pone en conocimiento de las autoridades penales la comisión de una acción criminal ocultando su identidad.

La instrumentación de la denuncia anónima ha sido puesta de relieve por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al establecer que «es algo frecuente y necesario en la actuación profesional de estos funcionarios públicos»²³⁸.

²³⁸ STS de 17 de junio de 2003 (Tol 305552).

La denuncia, en general, implica una declaración de conocimiento consistente en, la transmisión a las autoridades penales de la comisión de un delito²³⁹.

A) Concepto del denunciante anónimo y diferencias con el agente encubierto

Señala GASCÓN, que el denunciante anónimo es un particular que pone en conocimiento de la autoridad la comisión de hechos delictivos. A menudo, conduce a las fuerzas de seguridad del Estado hacia algún elemento probatorio de relevancia. No obstante, la denuncia anónima, se caracteriza por mantener oculta la identidad del denunciante en el proceso penal, lo que determina que los desconocieran todos aquellos que en él intervienen²⁴⁰.

Por denuncia anónima, debe entenderse simplemente el escrito por el que se da parte a la autoridad de un daño hecho, sin que conste la identidad del denunciante en dicho escrito²⁴¹.

Por su parte, la Jurisprudencia admite la denuncia anónima como forma de iniciación del proceso penal y la define como:

«denuncia anónima: técnicamente “delación”, sinónimo de “acusar”, que puede definirse como “el hecho de revelar a la Autoridad judicial, o demás autoridades y funcionarios competentes la perpetración de un delito, designando al autor o culpable, pero sin identificarse el denunciador, cuya identidad se esconde en el anonimato”»²⁴².

²³⁹ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal Penal...* op. cit., pág. 290.

²⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, ...op. cit., pág. 21.

²⁴¹ MONTERO AROCA, «La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal», en GONZÁLEZ MONTES (ed.), *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*, Universidad de Granada, 1994, pág. 15. En el caso de ser verbal, por ejemplo una llamada telefónica, deberá reflejarse en el atestado policial. La denuncia podrá tener ser verbal o escrita. En el caso que sea verbal deberá hacerse personalmente para que la correspondiente autoridad extienda la oportuna diligencia constatando la identidad del denunciando. En el caso de que se realice por teléfono a la autoridad policial, una vez comprobada su veracidad, se abrirán las diligencias policiales a prevención. MORENO CATENA (CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA), *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 297.

²⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2003.

La denuncia, se encuentra regulada en la LECrim (Art. 266 y ss de la LECrim) como medio apto para la iniciación de un proceso penal, siendo necesaria, la identificación del denunciante.

Por lo tanto la denuncia anónima, como tal, no encuentra regulación en el ordenamiento jurídico español, lo que no significa que sea admitida por la Jurisprudencia tal y como lo ha establecido el Tribunal Supremo²⁴³.

La finalidad principal de la denuncia, sea anónima o no, se centra en la posibilidad de dar origen a la investigación. No obstante, en sí misma, no servirá como prueba. Así queda reflejado en la Jurisprudencia al establecer que²⁴⁴:

«El que tales denuncias no puedan ser un medio de prueba no impide que puedan servir como punto de partida de una investigación».

²⁴³ STS de 19 de Julio de 2003: «al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse “a limine” su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las Autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras. En tales casos, el Juez debe actuar con gran prudencia, y no puede ni debe actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo de la denuncia anónima. Pero si ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance, en la comprobación, “prima facie”, de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo, de oficio, si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito». Por su arte, el ordenamiento italiano, niega todo valor a las denuncias anónimas, aunque la Corte de Casación italiana ha desconocido el ordenamiento, utilizando para ello argumentos morales como es el de que todo vale para perseguir un delito y para lograr el castigo de su aturo. En MONTERO AROCA, «La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento penal»... op. cit., pág. 26.

²⁴⁴ SSTs de 17 de junio de 2003 (Tol 305552); de 7 de diciembre de 2000 (Tol 117350) establece que: «sin perjuicio de que pueda servir de base lícita para iniciar las investigaciones necesarias para constatar la eventual veracidad de lo denunciado, no puede tener, por su propia naturaleza, efectividad alguna como prueba de cargo que admite que una denuncia anónima pudiera ser un vehículo transmisor de la noticia criminal, pero que no se le puede dar valor probatorio.» STS de 7 de diciembre de 2000 (Tol 117350): «sin perjuicio de que pueda servir de base lícita para iniciar las investigaciones necesarias para constatar la eventual veracidad de lo denunciado, no puede tener, por su propia naturaleza, efectividad alguna como prueba de cargo».

De este modo, el denunciante anónimo colabora con las autoridades en cumplimiento de un deber cívico transmitiendo el conocimiento de datos con relevancia penal, es decir, la comisión de unos hechos delictivos que podrían ser constitutivos de delitos o faltas. Aunque no de manera normal, puede suceder que la información que suministra el denunciante anónimo, no sea sobre hechos que han ocurrido, sino por el contrario sobre hechos futuros²⁴⁵.

Un problema fundamental que conlleva la denuncia anónima, es que bajo el anonimato, pueden ocultarse propósitos vengativos que conlleven a la puesta en conocimiento de información falsa para poder menoscabar el honor a la persona del denunciado. Es decir, pueden perseguir ánimos irreconciliables con la justicia penal y en concreto con la investigación del hecho delictivo²⁴⁶.

Es por ello, por lo que las autoridades a las que se le haga la declaración de conocimiento, anónima o no, deberán comenzar una investigación con el único propósito inicial de comprobar la certeza de lo transmitido por el denunciante, en virtud de lo establecido en el artículo 269 LECrim y siempre que, la noticia, revista el carácter de delito y no fuera manifiestamente falsa.

Sin embargo, el denunciante anónimo, no persigue ningún beneficio o remuneración por la colaboración dada. Con su anonimato, pretende salvaguardar la seguridad ante la amenaza que supone la revelación de la comisión de hechos delictivos, sobre todo, si tenemos en cuenta que la toma en conocimiento del hecho ha sido directa, en

²⁴⁵ MONTERO AROCA, «La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal»... op. cit., pág. 23. En el caso de la delincuencia organizada en la que los delitos que van a ser realizados requieren preparación, la denuncia anónima sobre hechos futuros puede darse con mayor frecuencia, en tanto en cuanto algún ciudadano tiene conocimiento por cualquier cauce del autor, modo, lugar y tiempo en que se realizará el hecho delictivo. Es decir, por ejemplo, si una persona escucha una conversación acerca de un acto en preparación, o por error recibe un e-mail, que le comunica la hora de entrega o lugar dónde va a realizarse la conducta criminal.

²⁴⁶ Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 16 de marzo de 2003: «bajo el anonimato pueden llegar a ocultarse espurios propósitos encaminados a la descalificación pública y al descrédito social del denunciado».

primera persona, y esto supondría la posibilidad de ir a declarar y verse inmerso en un proceso penal²⁴⁷.

En este sentido, nada impide que el juez los considere como válidos instrumentos transmisores de la «*notitia criminis*», siguiendo las reglas de la sana crítica respecto de una mínima verosimilitud de esas denuncias²⁴⁸.

En los casos de delincuencia organizada el denunciante anónimo proporcionará información sobre un acto delictivo concreto, pero será imposible que proporcione la información sobre la actuación de la banda, el *modus operandi*, funcionamiento, composición, etc. No obstante, puede suceder que el denunciante se trate de un miembro más de la organización (que amparado en el anonimato se decide a denunciar), en cuyo caso sí facilitará datos reveladores acerca de la estructura de la organización, modo de actuar de la misma, futuras operaciones, identificación de los presuntos miembros de la organización, etc... Claro que, dado los beneficios que puede ostentar un arrepentido por sus declaraciones, el miembro que pretende dar a conocer esta información optaría por los beneficios procesales que puedan otorgarles. Por otro lado, hay que considerar el riesgo que corre una persona que, siendo miembro de una organización proporciona datos suficientes que permitan la desmantelación del entramado, escudándose así en el anonimato para salvaguardar su integridad y su vida. Es evidente que, esta situación, tiene poca repercusión en la praxis, pues el miembro de la organización que vaya a transmitir información lo hará a cambio de algún beneficio. No obstante, creemos que el desconocimiento y el peligro que asume el miembro de la organización que colabora con la justicia pueden ser mayores

²⁴⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 21.

²⁴⁸ DE LA OLIVA SANTOS.; ARAGONESES MARTÍNEZ; HINOJOSA SEGOVIA; MUERZA ESPARZA Y TOMÉ GARCÍA], *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 9. Establece por su parte, MONTÓN REDONDO que en los casos de denuncia anónima, debería considerarse en aplicación de proporcionalidad, ponderando la gravedad y trascendencia de los hechos, la presumible verosimilitud de lo comunicado y los posibles prejuicios que pudieran derivarse de una investigación. En MONTERO AROCA; ORTELLS RAMOS; GÓMEZ-COLOMER; MONTÓN REDEONDO, *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 139. Además Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2004 (Tol 352445).

a los beneficios que se les puedan dar. Además, cuando sólo quieren transmitir la comunicación de un solo hecho delictivo y no dar más información sobre la estructura, organización, modus operandi, vinculaciones de la organización, ect.

5. Los Servicios de Inteligencia

Otro de los sujetos que tienden a confundirse con los agentes encubiertos son los llamados *agentes secretos*, pertenecientes a los servicios de inteligencia de los Estados.

En España, estos *agentes secretos* se sitúan en el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), incardinado en la estructura política del Estado social y democrático de Derecho²⁴⁹.

Los servicios de inteligencia son organismos encargados de conocer e informar al Gobierno de aquello que puede afectar a la seguridad, estabilidad y defensa de un Estado, con el objetivo de ayudar a los responsables políticos a tomar las decisiones más oportunas en estos campos²⁵⁰.

Debido al carácter secreto, que tienen las actuaciones de los agentes del CNI, nace la posible confusión entre los agentes encubiertos y los agentes secretos que con algunas similitudes difieren en gran parte de su regulación y actuación.

A) Concepto y características de los agentes del servicio de inteligencia

Los servicios de inteligencia ya no son simples servicios de información que se dedican a «espíar», sino que investigan, analizan y estudian la información que obtienen para que, los gobiernos, adop-

²⁴⁹ PÉREZ VILLALOBOS, *Derechos fundamentales y servicios de Inteligencia*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, pág. 11.

²⁵⁰ Información recogida en <http://www.cni.es> Actualmente, el Centro Nacional de Inteligencia se encuentra regulado en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (Publicada en BOE de 7 de mayo de 2002); y por la Ley 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (Publicada en BOE de 7 de mayo de 2002).

ten las decisiones correctas²⁵¹, actuando bajo el principio de coordinación con otros servicios del Estado.

La finalidad del CNI, es la obtención de información de aquello que pueda afectar a la seguridad, estabilidad y defensa del Estado, tanto en el ámbito interior como en el exterior²⁵².

Dada la finalidad y, por consiguiente, la naturaleza de la información que obtienen los servicios de inteligencia, los asuntos de los que trata deben permanecer protegidos por la reserva, con la que solo pretende contribuir a mantener la seguridad nacional.

Según DE LA OLIVA, el establecimiento del control judicial previo a la actuación de los agentes del CNI cuando estos tiendan a limitar los derechos fundamentales, deviene de la existencia de los preceptos constitucionales relativos al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Así, el CNI, deberá contar con una previa resolución judicial que autorice esas actuaciones²⁵³.

²⁵¹ PÉREZ VILLALOBOS, *Derechos fundamentales y servicios de...* op. cit., pág. 13. El CNI es definido, por el art. 1 de la Ley 11/2002, anteriormente mencionada, como Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones.

²⁵² HASSEMER, «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada» (versión digital <http://www.cienciaspenales.org>), refiere que si se permite que datos personales inculpatórios procedentes de fuentes del servicio secreto sean utilizados en la instrucción criminal, que no se pueden o no se quieren desvelar, se estaría logrando una policía secreta y coloca al ciudadano frente a un reproche cuya autorización el no puede verificar. El CNI deberá llevar a cabo aquellas actuaciones para mantener la seguridad del Estado, así el apartado 5 del artículo 5 de la Ley 11/2002 establece que cuando los miembros del CNI lleven a cabo investigaciones de seguridad sobre personas o entidades siempre que afecten a los derechos fundamentales relativos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones.

²⁵³ DE LA OLIVA SANTOS, «El «control judicial previo» de la «inteligencia nacional» (o de cómo el remedio resulta peor que la enfermedad), En *Tribunales de Justicia*, nº 5, Mayo 2003, pág. 1.

Hay que tener presente que, la actuación del agente secreto adscrito al CNI, puede que se lleve a cabo de manera paralela a la actuación del agente encubierto²⁵⁴. Tal es así que, cuando los agentes del CNI obtiene información sobre cualquier hecho que pudiera requerir una respuesta inmediata o sea constitutivo de delito, el Servicio, de acuerdo con la naturaleza de lo que se trate, lo transmite bien al ejecutivo, para apoyar o complementar sus decisiones, bien a las Fuerzas de seguridad del Estado para que tomen las medidas oportunas pertinentes. Así, en relación con la finalidad de su actuación, cuando obtienen la fundada sospecha de la comisión de un hecho delictivo, lo pondrán en conocimiento del órgano competente, puesto que ellos no tienen competencias sobre la investigación de hechos delictivos, ya que no tienen la consideración de agentes de policía judicial²⁵⁵.

El control judicial, lo solicitará el Director del CNI formulando los extremos referentes a las medidas que se solicitan, hechos en los que se apoya la medida, identificación de las personas afectadas y la duración de la medida solicitada, no se da durante el transcurso²⁵⁶. Además, la solicitud no supone un acto de iniciación de un proceso

²⁵⁴ Que el Servicio de Inteligencia comunique a los órganos competentes el descubrimiento de un hecho delictivo en el curso de sus investigaciones, no significa que a partir de ese momento tenga que inhibirse, sino que por el contrario podrá seguir actuando dentro de las funciones que legalmente tiene encomendadas. PÉREZ VILLALOBOS, *Derechos fundamentales y Servicios de...* op. cit, pág. 137.

²⁵⁵ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada. Comentarios a la Ley 5/1999, de 13 de enero...* op. cit, pág. 66. Solo tendrán la consideración de agentes de la autoridad aquellos miembros del CNI que tengan cometidos relacionados con la protección del personal del Centro y de las instalaciones [<http://www.cni.es/>].

²⁵⁶ Apartado segundo del artículo de la Ley 2/2002: *La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos: a. Especificación de las medidas que se solicitan; b. Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas; c. Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse; d. Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.*

judicial ni siquiera el control que deberá efectuarse queda circunscrito a un proceso²⁵⁷.

Por otro lado, las actuaciones de los agentes del CNI deberán someterse a control parlamentario dispuesto en el artículo 11 de la Ley 11/2002²⁵⁸.

B) *Diferencias entre los agentes del Servicio Nacional de Inteligencia y el agente encubierto*

Para analizar las diferencias palpables entre el agente encubierto y el agente secreto, alteraremos de nuevo el esquema seguido hasta el momento.

Ya hemos mencionado, que el agente encubierto puede actuar de manera paralela al CNI o incluso ser, éste último, el que facilite la información de la comisión de un hecho delictivo para que se pongan en marcha operaciones de investigación de los mismos.

Así, la primera diferencia proviene de la dependencia orgánica pues el agente encubierto como miembro de la policía judicial presta auxilio a los jueces y fiscales de manera inmediata quedando adscrito a juzgados y tribunales. Los Servicios de Inteligencia, y en concreto el CNI, constituye un organismo público dependiente del Gobierno, auxiliando al Presidente del mismo, para que adopte las medidas pertinentes dadas las informaciones obtenidas por su intervención.

El agente encubierto, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en concreto de la Policía Judicial, está especializado en técnicas de investigación delictual y entre sus funciones se encuentra la asistencia al proceso penal. En cambio, los miembros del CNI carecen de vinculación con las funciones del proceso penal²⁵⁹,

²⁵⁷ DE LA OLIVA SANTOS, «El «control judicial previo» de la «inteligencia nacional» (o de cómo el remedio quizá resulta peor que la enfermedad)... op. cit, pág. 5 y ss.

²⁵⁸ Artículo 11 de la Ley 11/2002: «El Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto».

²⁵⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto...* op. cit, pág. 28.

es decir, sus actuaciones no serán vinculantes para el proceso penal, en tanto en cuanto, éste cuerpo nace con la vocación de garantizar la seguridad, estabilidad y defensa de un Estado. Es decir, está incardinado en la estructura política y por tanto independiente del poder judicial.

La cuestión por la que aparecen las similitudes entre el agente encubierto y los agentes secretos derivan de la ocultación de la identidad. No obstante, el agente encubierto actuará bajo la cobertura de una identidad supuesta, proporcionada, por el Ministro del Interior, para el caso concreto. Por su parte, el agente secreto perteneciente al CNI podrá disponer y usar de los medios y actividades bajo cobertura, pudiendo recabar de las autoridades legalmente encargadas de su expedición las identidades, matrículas y permisos reservados que resulten precisos y adecuados a las necesidades de sus misiones, pero no tendrán por qué ser autorizadas por el Ministro del Interior (art. 5.3 Ley 11/2002). Además, es posible que los agentes secretos ostenten una identidad falsa para todo tipo de relaciones.

Por otra para el agente encubierto se concibe como un medio de investigación eficaz para luchar contra el crimen organizado, cuya repercusión social desequilibra los pilares básicos del Estado. El CNI tiene como encargo conocer e informar al Gobierno de todo aquello que amenaza y puede afectar a la seguridad, estabilidad y defensa de un Estado.

Por tanto, el CNI tiene como competencia única la obtención de información, su tratamiento y su difusión o transmisión²⁶⁰. En cuanto a la obtención de información, señala RUIZ MIGUEL, que pueden hacerse mediante fuentes abiertas o no. Distinguiendo entre las fuentes no abiertas al público, las acciones encubiertas, como la utilización de espías o agentes encubiertos. La utilización de agentes encubiertos quedaría enmarcada en lo que denomina el autor mencionado los *servicios de inteligencia policiales*, contemplados únicamente para averiguar los delitos públicos que se cometieren²⁶¹. Pero se desataca que, esta posibilidad no entra dentro del marco de actuación de los agentes al servicio del CNI.

Por último, en relación al «secreto», establecer una diferencia primordial; mientras que la actuación de los agentes del CNI estará acogida al régimen del secreto oficial dispuesto en la propia CE²⁶². La utilización por parte de los agentes encubiertos de secreto solo supone un factor más para el buen éxito de la operación, es decir, sólo supone uno de los factores que define la actuación de un agente encubierto.

²⁶⁰ RUIZ MIGUEL, *Servicios de Inteligencia y Seguridad del Estado Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 212.

²⁶¹ *Ibidem*, pág. 219 y ss.

²⁶² El régimen de los secretos oficiales a los que se acogerá el CNI es el establecido en la Ley de Secretos oficiales. Dicha Ley para determinar las materias secretas habla de «materias clasificadas». Todas las materias que trata este centro no tiene el carácter de secretas. Así establece la Ley que las excepciones al principio de publicidad los *asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y la defensa del Estado*. PÉREZ VILLALOBOS., *Derechos fundamentales y servicios de...* op. cit, pág. 60.

CAPÍTULO II

EL AGENTE ENCUBIERTO Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL

SUMARIO. I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL. II. GARANTÍAS AFECTADAS EN LA INVESTIGACIÓN ENCUBIERTA. 1. Los derechos fundamentales: A) El derecho a la intimidad. A.1. El derecho a la intimidad en la infiltración policial. B). El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. B.1. El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la infiltración policial. B.2. Las entradas por invitación. C. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. C.1. El derecho de las comunicaciones en la infiltración policial. D. El derecho fundamental de defensa. D.1. El derecho de defensa en la infiltración policial: diálogo similar a un interrogatorio.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL

El estudio de la naturaleza jurídica de la infiltración policial nos lleva a realizar una primera distinción que ayudará a clarificar la exposición. La infiltración policial, debe ser enmarcada en el conjunto de las operaciones encubiertas junto con la entrega y circulación vigilada o la videovigilancia. Estas operaciones encubiertas, se identifican por su carácter extraordinario debido, entre otros factores, a la utilización del engaño para la investigación de determinados hechos delictivos y de determinadas personas.

Centrándonos concretamente en la infiltración policial, debemos determinar el momento en el que esta actividad investigadora se desarrolla: la fase de instrucción.

La finalidad principal de la fase de instrucción es la de preparar el juicio oral¹. En esta fase, se pueden desarrollar numerosas dili-

¹ Para FENECH, la instrucción judicial es un presupuesto necesario para entrar en el proceso decisorio. En *Derecho procesal penal*, Editorial Laboral, Barcelona, 1960, 3ª edición, volumen II, pág. 951 y ss.

gencias de investigación² practicadas por la autoridad judicial y que responden a dos objetivos básicos: de un lado, el esclarecimiento de los hechos que revisten el carácter de delito; y por el otro, las circunstancias en las que se produjeron³.

Teniendo en cuenta, que la intervención de un agente encubierto tiene estas finalidades, podemos atribuirle el carácter de diligencias sumariales; y como tal, compartirá las características propias de las mismas. De este modo, la actuación del infiltrado tiene como objeto *averiguar los delitos públicos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito*⁴, como pusimos

² AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal...* op. cit., pág. 217. En este sentido, MORENO CATENA [et.al], *El proceso penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 870, establece que la instrucción en cuanto actividad investigadora, supone un conjunto de actuaciones encaminadas a adquirir información sobre un hecho presuntamente cometido.

³ NOYA FERRERIO, *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 98; GIMENO SENDRA; CONDE-PUMPIDO TOURÓN; GABERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y Jurisprudencia*, Tomo 3, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 186 y ss.

⁴ Establece el artículo 282.bis de la LECrim en su apartado primero: «A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada,...». Dispone el artículo anterior, Art. 282 LECrim: «La Policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece con respecto a la finalidad de las diligencias sumariales que: «las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECrim.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador» SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 210/1989, de 18 de diciembre; 40/1997, de 27 de febrero.

de relieve al estudiar la finalidad de la actuación del agente encubierto⁵.

La infiltración policial, como técnica de investigación tiene un carácter especial o extraordinario, ya que dada la evolución del crimen —desde una perspectiva subjetiva, en tanto en cuanto se pasa del delincuente individual a las organizaciones criminales; y desde un punto de vista objetivo, por la peligrosidad que genera la actuación de las organizaciones criminales⁶— se entiende que, las técnicas tradicionales devengan insuficientes y sea, en general las operaciones encubiertas y, en particular, la infiltración policial, una diligencia que desplieguen todos sus efectos para la eficaz prevención y represión del crimen organizado⁷. En cierto modo, el agente encubierto

⁵ DEL CERRO ESTEBAN, refiere que: «en material de delincuencia organizada es precisa una actividad de investigación no solo para descubrir los delitos consumados sino previa y preventivamente para descubrir los que se están ejecutando a los que se pretende cometer así como para obtener evidencias de su realización. En dicha fase de investigación previa a la constatación de la consumación delictiva puede ser preciso practicar diligencias que supongan la restricción de algún derecho fundamental, lo que ha de efectuarse mediante resolución judicial que se adoptará en el ámbito de un proceso penal que ha de incoarse antes de la constancia de la realización del hecho delictivo». En «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada» ponencia presentada en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004, pág. 1339 (<http://www.cej.justicia.es>).

⁶ GUARIGLIA establece que el agente encubierto supone nuevas herramientas aptas para la lucha contra nuevas formas de delincuencia organizada, en «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?»...op. cit. Señala por su parte MARTÍNEZ PÉREZ que la lucha frente a determinadas manifestaciones delictivas obliga al Estado a disponer de elementos cualificados y medios técnicos suficientes que permitan quebrar esas estructuras, máxime cuando se viene demostrando la actuación policial ocasional no resuelve el problema en su conjunto, en *La policía Judicial* y ...op. cit., pág. 391. CHOCLÁN MONTALVO, Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?, en *Actualidad Aranzadi*, núm. 488, 2001, pág. 2-3, señala que para la investigación de las organizaciones criminales es necesario arbitrar reglas especiales (como el agente encubierto) con la finalidad de llegar hasta el centro de poder, hasta el «hombre de atrás».

⁷ Al respecto establece MARTÍN Y MARTÍN, que los medios de investigación con los que ha de contar la instrucción han de ser los que el logro de su fi-

hace lo que otros agentes de policía en la investigación de un hecho delictivo, lo que ocurre es, que lo hace de manera diferente, ocultando su verdadera condición de policía, su verdadera identidad y de forma subrepticia⁸. En este sentido, debemos tener presente que, las operaciones encubiertas deben ser interpretadas desde el carácter excepcional que supone la utilización del engaño y el secreto por parte del Estado, para la investigación de determinadas formas de criminalidad organizada. Y ello, a pesar de estar reguladas en la LECrim que debe ser estudiada como norma general que regula el derecho procesal penal.

En principio, el ámbito de actuación para la intervención de un agente encubierto, ha quedado circunscrito, según la LECrim, a la delincuencia organizada. Pero debemos tener en cuenta que, su carácter excepcional, nos lleva a delimitar la utilización de la infiltración policial sólo a aquellas manifestaciones de crimen organizado que revisten una gravedad mayor para la seguridad y protección del Estado, y frente a las cuales, las tradicionales técnicas de investigación no pueden desplegar toda su efectividad. En este sentido, entendemos que para la adopción de la infiltración policial, es de necesaria aplicación la cláusula de subsidiariedad, o lo que es lo mismo, la infiltración policial sólo será aplicable cuando las circunstancias del caso concreto lo sugieran y siempre que no exista otra actuación menos lesiva para los derechos fundamentales y que sea igualmente eficaz.

Como medio de investigación, las informaciones que vaya obteniendo el agente infiltrado deberán ponerse en conocimiento inmediato de quien autorizó la operación. No obstante, como cualquier

nalidad requiera, en *La instrucción penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 65 y ss.

⁸ No podemos olvidar que el infiltrado aunque actúe de manera encubierta, sigue siendo miembro de la policía judicial y que por tanto el objetivo final de la actuación del agente será: prevenir el delito; descubrir su comisión e identificar a los autores. Así lo pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2002 (Tol 229905): «las fuerzas policiales, tienen entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejerciendo una misión de profilaxis social, y la de descubrir su perpetración, identificando a los autores de las infracciones delictivas, aprehendiéndolos y poniéndolos a disposición judicial, siendo uno de los procedimientos utilizados al efecto el de la infiltración».

acto de investigación, ésta información, por sí sola, no sirve para enervar la presunción de inocencia⁹, salvo que fueran consideradas pruebas preconstituida o anticipada¹⁰. Por tanto, la finalidad de este medio de investigación, excepcional en un Estado de Derecho, está dirigido no sólo al esclarecimiento de un puntual hecho delictivo, sino que la actuación del infiltrado, debe ir encaminada a la desarticulación de todo el entramado organizativo, la detención de todos los integrantes de la misma y la aportación de suficientes pruebas de su participación en un número elevado de delitos¹¹.

Hasta ahora, sólo nos hemos ocupado de la infiltración policial como medio de investigación¹² consolidado en la instrucción judicial. Sin embargo, hay que tener presente que la medida, conforme a lo prescrito por la LECrim, también puede ser autorizada por el Fiscal. De hecho, en aquellos Estados donde la investigación del delito la tiene encomendada el Ministerio Público —Francia, Bélgica, Alemania— la adopción de la infiltración policial sólo quedará en manos del órgano judicial cuando se entienda la limitación de algún derecho fundamental¹³. No obstante, la limitación del derecho a

⁹ Señala ALONSO PÉREZ, que todo lo actuado por el agente encubierto no tendrá la consideración de prueba. Así diferencia el autor entre actos de prueba y actos de investigación. Por los primeros cabe entender aquellos que tienen lugar durante el desarrollo del juicio oral y que son los que desvirtúan la presunción de inocencia. Y los actos de investigación que serán los que realice el juez de instrucción en el sumario, los cuales solo podrán ser de valor probatorio cuando sean de imposible o muy difícil reproducción. ALONSO PÉREZ, *Medio de investigación en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 29.

¹⁰ MAPELLI CAFFERANA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia...* op. cit., pág. 56.

¹¹ HERNANDO MARTÍN, «La guardia civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones...» op. cit., pág. 1390.

¹² ALONSO PÉREZ, *Medios de investigación en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 50. Al enumerar los medios de investigación previstos en la LECrim, el autor hace mención expresa a la figura del agente encubierto.

¹³ CORTÉS DOMÍNGUEZ establece además que la instrucción realizada por el Ministerio Fiscal debe ser llevada a cabo con absoluto respeto de los derechos constitucionales de las personas sometidas a la investigación y con cumplimiento de las normas legales, y ello conforme al Art. 775 de la LECrim, en *Derecho Procesal Penal* (junto GIMENO SENDRA; MORENO CATENA)... op. cit., pág. 356 y ss. A este respecto también se pronuncian,

la intimidad en sentido amplio, del derecho a la autodeterminación informativa y el engaño en el que descansa la infiltración policial nos llevan a determinar que esta medida excepcional, de carácter extraordinario, debe estar sometida al principio de exclusividad jurisdiccional a pesar de que la investigación sea controlada por el Ministerio Fiscal.

A lo largo de la exposición, hemos determinado que la infiltración policial destaca por su carácter extraordinario. Esta característica se debe al empleo de medios personales predispuestos para el descubrimiento del delito¹⁴. Es decir, a la utilización del engaño como modo de investigación de determinados delitos y frente a determinados delincuentes, así como las relaciones de confianza que puede generarse con los miembros de la organización gracias a la utilización de la identidad supuesta¹⁵. En este sentido, afirma MARTÍNEZ PÉREZ que, dado que los instrumentos clásicos fracasan ante el combate contra la delincuencia organizada, los poderes públicos deben contar con nuevos medios que se entenderán extraordinario por caracterizarse con: adelantamiento de la punibilidad; agravamiento de las penas que puedan imponerse y limitación lícita, y sobre todo, legítimas de las garantías procesales y materiales del investigado¹⁶ configurado como el límite de toda actuación¹⁷.

LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad en la injerencia como presupuesto de validez», en Cuadernos de Derecho judicial, volumen dedicado a *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 278. ESPINA RAMOS, *Algunas reflexiones sobre la instrucción sobre el Ministerio Fiscal*, Enero 2002. <http://www.juridicas.com>.

¹⁴ RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal...* op. cit., pág. 72 y ss.

¹⁵ Señala LÓPEZ ORTEGA que la identidad supuesta distingue las operaciones de infiltración con la disimulación, es decir, la ocultación de la condición de agente oficial y de sus verdaderas intenciones; el engaño, puesto que toda operación de infiltración se apoya en una puesta en escena que permite al agente obtener la confianza de los sospechosos y finalmente la interacción o la existencia de una relación directa y personal entre el agente encubierto y el autor potencial, en «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad en la injerencia como presupuesto de validez», op. cit., pág. 296.

¹⁶ MARTÍNEZ PÉREZ, *Policía judicial y...* op. cit., pág. 401.

¹⁷ A pesar de su carácter extraordinario, puntualiza RIFÁ SOLER, que la aplicación de esta «nueva» medida legal deberá hacerse respetando los principios que informan el proceso penal. Siendo injustificable en todo ca-

Pero además de medio de investigación, debemos tener en cuenta que la infiltración policial puede ser considerada como un medio de prevención de conductas delictivas. Es decir, como señala MORENO CATENA la actuación del agente infiltrado puede ir encaminada a descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y el castigo de la banda, con todos los elementos que la integran¹⁸.

Por último, la intervención del infiltrado también debe considerarse como un medio de prevención en tanto en cuanto, debe ir encaminada a impedir u obstaculizar las conductas delictivas que se estén llevando a cabo por la organización atendiendo, como no, al éxito de la investigación y a la propia integridad física del agente encubierto. Así, la infiltración policial, considerada como medio de prevención, debe entenderse para evitar las acciones delictivas futuras que todavía estén en la fase de preparación, es decir, intentando abortar todos los planes de la organización criminal¹⁹.

so, la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. En «La figura del infiltrado como sujeto de protección»... op. cit., pág. 137. Refiere en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 5/1999: *estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales*. Señala DELGADO MARTÍNEZ, que la infiltración policial supone una alteración de los principios inspiradores tanto del derecho penal material como del propio proceso justo. En «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»... op. cit., pág. 97.

¹⁸ MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España»... op. cit., pág. 40. Asimismo, refiere SEQUEROS SAZATORNIL: «*El agente encubierto, responde a la necesidad de poner a disposición de la policía judicial como medida de orden político-criminal, medios de prospección del crimen adecuados a su expansión y desarrollo, dirigidos no sólo a averiguar y hacer constatar la perpetración de hechos punibles y las circunstancias que concurren en su comisión, sino lo que es más importante y fundamental, a aportar elementos de pruebas determinantes de la culpabilidad de sus factores*». En *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...* op. cit., pág. 765.

¹⁹ Para GASCÓN INCHAUSTI, el carácter de la infiltración policial puede deberse a la finalidad que se le dará a la información que se recabe. Así esta-

En definitiva, el agente encubierto debe ser configurado como un medio de investigación, de prevención, y represión²⁰, de carácter extraordinario, que se desarrolla en la fase de instrucción, que dependiendo del grado de infiltración, puede ser constitutivo de restricción de derechos fundamentales y que dirige su actuación a descubrir las acciones delictivas pasadas, averiguar las circunstancias del hecho delictivo y la identidad de los autores, es decir, el conocimiento integral de los miembros del entramado organizativo que se investiga²¹.

II. GARANTÍAS AFECTADAS EN LA INVESTIGACIÓN ENCUBIERTA

Al hilo del epígrafe anterior, donde determinamos que la intervención de un agente encubierto puede conllevar la limitación de derechos fundamentales dependiendo del grado de infiltración, creemos oportuno analizar en qué medida y cuales son los derechos fun-

blece: el cumplimiento genérico de funciones administrativas; la prevención del delito; la represión del delito y la seguridad nacional. En *Infiltración policial y agente encubierto*... op. cit., pág. 11 y ss. No obstante, RIFÁ SOLER al definir la misión del infiltrado para detectar la comisión de posibles delitos y obtener las necesarias pruebas inculpatorias. En «El infiltrado como sujeto de protección»... op. cit., pág. 141.

²⁰ En este sentido pone de relieve, DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, que la actividad de las FFCCSS —conforme a lo establecido en la CE— es de carácter represivo y preventivo. Esto puede ser de aplicación a la actuación del agente de policía como infiltrado. De este modo, como parte reactiva, su actuación se encamina a la sanción de las conductas delictivas; y la parte represiva, encaminada a la represión de las infracciones penales. No podemos olvidar que el agente encubierto no pierde su condición de miembro de las FFCCSS y como tal tiene el deber de prevenir y reprimir las conductas criminales siempre que la finalidad de la investigación y la protección de su seguridad así lo aconsejen—. En *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 333.

²¹ Estando siempre circunscrito a los casos de delincuencia organizada. Como señala ZARAGOZA AGUADO, el agente encubierto es un medio de investigación especialmente idóneo y útil para casos de actividad delictiva organizada, pues la penetración o infiltración en tales grupos criminales permite recabar información sobre su estructura y su modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos. En «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 12.

damentales que consideramos afectados con la presencia del infiltrado.

Hay que tener en cuenta, que la lucha del crimen organizado supone un reto, encomendado a los Estados y que ha conllevado la implantación en los diferentes ordenamientos jurídicos de medidas, que como la infiltración policial, se suponen eficaces frente a esta criminalidad compleja y sofisticada. No obstante, la persecución del crimen organizado no puede conllevar el desconocimiento del sistema de garantías, ni en el momento de introducir la medida en el ordenamiento, ni en el modo de su aplicación²².

En este sentido, es necesaria la búsqueda de una solución a la disyuntiva, ya planteada y, que se ciñe a la localización de la denominada «zona de equilibrio» en la que se debe mover el agente durante el desarrollo de la operación.

En términos generales, la finalidad de la instrucción judicial, es la averiguación de la verdad material, aclarando las circunstancias de comisión de un hecho delictivo y la persona de su autor. Para ello, en algunas ocasiones, se hace necesaria la restricción de derechos fundamentales. Estas limitaciones deben adoptarse sometiéndose a la legalidad y el cumplimiento de especiales requisitos y garantías²³.

Como ya pusimos de relieve, si consideramos que la infiltración policial se lleva a cabo en la instrucción judicial desarrollada al hilo de un proceso penal, debemos ratificar la posición mostrada por MUÑOZ CONDE, al afirmar: «el proceso penal está dividido en dos: de un lado recibe órdenes del derecho penal material, para el castigo de los culpables; y de otro del derecho constitucional, que le impone

²² Vid. DE URBANO CASTRILLO, «La investigación tecnológica del delito», en *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° 2, 2007, pág. 23. Establece el autor que: «no son admisibles las actuaciones policiales de los servicios de inteligencia de los Estados ajenas a toda idea de limitación legal y control judicial porque, en ese caso, tales herramientas pueden conducirnos a una sociedad sin derechos efectivos, administrada por los sucesivos gobiernos tentados a perpetuarse en el poder a través de la obtención, conservación y manejo de ingentes cantidades de información sensible de ciudadanos y grupos social».

²³ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal*... op. cit., pág. 633.

ciertos límites en la actividad de investigadora y enjuiciadora inspirados en los derechos fundamentales que los Estados garantizan y reconocen»²⁴. Así, el Estado no puede entrar en el mismo juego que los delincuentes, es decir, no puede cometer acciones que se consideren están fuera del Derecho para conseguir su fin (frenar los efectos que produce la delincuencia organizada) por más violentas que sean estas formas de criminalidad.

Y en este contexto, se hace necesaria la búsqueda de la tan mencionada «zona de equilibrio». Ya adelantamos que no es tarea fácil y para ello, nos ceñiremos al siguiente esquema: en primer lugar, es necesario distinguir las diferentes formas de infiltración de un agente en el seno de una organización criminal porque de ello dependerá el mayor o menor grado de afectación de los derechos fundamentales. En segundo lugar, analizaremos el derecho a la autodeterminación informativa²⁵ que debe entenderse limitado en toda actividad de infiltración, tanto si es desarrollada por los agentes de las FFCCSS o por particulares siempre que esta última esté controlada por los poderes públicos²⁶. En tercer y último lugar, desarrollaremos los di-

²⁴ Ibídem, pág. 71. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/iure, Madrid, 1989, pág. 91.

²⁵ Debemos tener en cuenta la gran influencia que el derecho a la intimidad ejerce sobre el libre desenvolvimiento del individuo prevista en el artículo 10 de la Norma Suprema. Como afirmar la STC 337/1994, de 23 de diciembre: «El derecho al libre desarrollo de la personalidad, en un Estado social y democrático de Derecho que proclama como valor superior la libertad (arts. 1.1 y 9.2 CE), que hace de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad fundamentos del orden político y de la paz social». ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del orden constitucional español*, Universidad de León, 1996, pág. 50 y 108. El autor establece que la violación de los derechos inviolables no sólo es un ataque al desarrollo de la personalidad sino a la personalidad misma y por tanto a la dignidad. Esta idea también ha sido puesta de relieve por LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez»... op. cit., pág. 278.

²⁶ Vid., GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial*... op. cit., pág. 153-154. En las infiltraciones no policiales controladas por los poderes públicos quedan comprometidos todos los derechos fundamentales que en las infiltraciones policiales. En aquellas infiltraciones no controladas por los poderes públicos (detectives privados) se entiende que la posible restricción es un riesgo inherente a las relaciones sociales.

ferentes derechos fundamentales en conflicto con la intervención de un agente encubierto.

Debemos comenzar por reflexionar sobre la idea que subyace a la sola actividad de infiltración policial. Es decir, parece que la presencia engañosa del Estado en las relaciones con los particulares y, en este concreto caso, con los miembros del entramado organizativo criminal, supone una restricción básica al derecho al libre desarrollo de la personalidad o derecho a la autodeterminación informativa. Entendiendo por tal, el derecho de todos los ciudadanos a tener un marco de convivencia social en el que la comunicación y el establecimiento de relaciones de confianza entre las personas elegidas, libremente, sin presencia oculta del Estado²⁷.

El desarrollo de este derecho trasladado a la esfera de la investigación penal, y en especial la infiltración policial, supone que la intervención de un agente encubierto sea configurada como un medio de investigación extraordinario²⁸ caracterizado por ser más agresivo con el sistema de garantías que otros medios de investigación, pero a la vez más eficaz contra determinadas manifestaciones, especialmente graves, de la delincuencia organizada.

De este modo, podemos afirmar que desde el inicio de la actividad de infiltración, queda restringido el derecho al libre desarrollo de la personalidad o derecho a la autodeterminación informativa entendidos como, la concreta posibilidad de cada ciudadano para constituir

²⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial*... op. cit., pág. 94. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 134. Igualmente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto de libre desarrollo de la personalidad, estableciendo que consiste en el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (SSTC 53/1985, de 11 de abril; 192/2003, de 27 de octubre). Este derecho resulta restringido cuando los poderes públicos tratan de impedir o reprimir alguna conducta libremente elegida por la persona (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

²⁸ El carácter de especial o extraordinario de la infiltración policial, no sólo lo ostenta por la utilización del engaño sino también por la lesión, más o menos, continua que determinados derechos fundamentales.

ámbitos privados excluidos de la observación de los demás y mucho menos, de las autoridades del Estado²⁹.

No obstante, es necesario hacer una importante precisión en torno al grado de afectación de los derechos fundamentales dependiendo del tipo de operaciones ante la que nos encontremos. Ya en el capítulo anterior, pusimos de relieve la diferencia entre las diversas actividades de infiltración. Así, en el seno de la infiltración policial diferenciábamos entre las operaciones de larga duración y las de corta duración. A este respecto, y si bien es cierto que en ambas actuaciones policiales se verá limitado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la afectación del resto de garantías fundamentales, creemos, sólo se podrán ver afectadas por las infiltraciones policiales de larga duración, es decir, en las que concurre la verdadera entrada de un agente en la organización criminal. En este sentido, en las infiltraciones de corta duración, la actuación llevada por el agente no supone una conquista en las relaciones personales con respecto a los miembros de la organización. Tan sólo se mantienen contactos más o menos esporádicos, y siempre relacionados con la conducta delictiva. Pero en ningún caso, se entra en la esfera íntima de la persona. Por todo ello, en este capítulo nos centraremos en las infiltraciones de larga duración, donde es más probable la restricción del conjunto de garantías reconocidas a todas las personas.

De este modo, con la intervención de un agente encubierto parece que la zona de equilibrio se desliza hacia la parte del Estado, dando preeminencia al *ius puniendi* del Estado sobre el sistema de garantías. Pero no podemos olvidar que la situación generada por

²⁹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 95-100. El autor señala que realmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal y como está ubicado en nuestra CE no puede ser considerado derecho fundamental. Pero afirma que no hace falta la consideración de derecho fundamental para reconocerle tal valor pues la proclamación del sistema de garantías reconoce a los ciudadanos el derecho a que el Estado en que se organiza la sociedad les permita la forma más amplia de desarrollar todos sus potenciales como seres humanos. En el mismo sentido señala DEL CERRO ESTEBAN que la simple intervención de un sujeto con identidad falsa en el tráfico jurídico atenta contra el principio de seguridad jurídica. En «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada»... op. cit., pág. 1378. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2008 (Tol 1320837).

la actuación de las organizaciones criminales, así lo requiere. Esta sola afirmación, puede ser considerada característica de los Estados autoritarios donde es común la actuación arbitraria de los poderes públicos. No obstante, en los Estados de Derecho debe preverse un contrapunto al amplio margen otorgado a las autoridades de represión penal para la investigación del crimen organizado. Siendo esto así, sostenemos que la legitimación del uso del engaño por parte del Estado para el mejor ejercicio del *ius puniendi*, se fundamenta en la reducción de su ámbito de actuación siempre que, el objeto de investigación sea un entramado criminalmente organizado y realmente grave. Es decir, la intervención de un agente encubierto sólo será posible articularla de manera excepcional cuando las características propias de la concreta organización (especial gravedad, sofisticación del modus operandi del entramado, estructura) así lo ordenen.

Sólo respetando esta premisa, podríamos afirmar que es legítima en el Estado de Derecho la preeminencia del *ius puniendi* del Estado frente al crimen organizado, pues no supondría en ningún caso, la vulneración indiscriminada y arbitraria de los derechos fundamentales.

Además, de la afectación del libre desarrollo de la personalidad con la sola actividad de infiltración puede generar situaciones de tensión frente a determinados derechos fundamentales suscitándose así un *plus de lesividad*³⁰. No obstante, este plus de lesividad dependerá en todo caso del grado de la infiltración, es decir, de las relaciones de confianza que el agente encubierto, al infiltrarse, pueda forjar con determinados miembros de la organización. Del grado de esa confianza se reconocerá mayor o menor afectación de los derechos fundamentales de las personas investigadas. En este sentido, un sector doctrinal, parte de la idea de que la aplicación del precepto en el que se regula la figura del agente encubierto puede ocasionar una serie de problemas inevitables al producirse injerencias aparentemente amparadas por la Ley en el ámbito propio de determinados derechos fundamentales, como los relativos a la libertad individual, la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio, o el secreto de las comunicaciones³¹. De esta circunstancia, deviene la necesidad de que la intervención de un agente encubierto esté some-

³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 105.

³¹ DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada...* op. cit., pág. 32; GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 19; SEQUEROS

tida a la ley, evitando así la arbitrariedad de los poderes públicos³². Así podemos afirmar que, el sistema de garantías se configura como el principal límite de la actuación del infiltrado.

Resolver la disyuntiva entre la intervención del agente encubierto frente al sistema de garantías tiene una gran repercusión procesal, pues sólo si la actuación del agente ha sido respetuosa con los derechos fundamentales, se podrá otorgar validez procesal de las pruebas obtenidas³³.

Para determinar efectivamente la situación de la infiltración policial frente al sistema de garantías debemos reconocer la existencia de dos fases en la infiltración policial. Un primer momento, en que el agente encubierto toma contacto con los miembros de la infiltración policial y en los que, en principio, no existe peligro de limitación de derechos fundamentales. Y un segundo momento, en el que empieza la verdadera actividad de infiltración y en la que si existe un riesgo latente de posible restricción del sistema de garantías tanto procesales (derecho de defensa) como materiales (derecho a la intimidad; a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones).

No obstante, en este segundo momento de la infiltración policial, hay que distinguir un doble marco de actuación: por un lado, las actuaciones que, aun limitando derechos fundamentales, se amparan en el uso de la identidad supuesta que como vimos es un pilar fundamental en las infiltraciones policiales de larga duración; y por otro, aquellas actuaciones que se extralimitan del engaño que subyace a la infiltración. Podemos avanzar que no en todas las infiltraciones policiales se alcanza el mismo nivel de restricción del sistema de garantías sino que, dependerá de la concreta actuación del agente

SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...* op. cit., pág. 137.

³² MUÑOZ CONDE, «La búsqueda de la verdad en el proceso penal»... op. cit., pág. 71.

³³ Asimismo lo establece MARTÍNEZ GARCÍA «Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)» <http://www.tirantonline.com>: «Tras una larga y consolidada jurisprudencia y doctrina parece posible esbozar una línea divisoria entre los presupuestos de legalidad constitucional y ordinaria que deben respetar tanto la policía, Ministerio Fiscal como los órganos jurisdiccionales durante la fase de obtención de pruebas, so pena de acarrear la nulidad de la prueba afectada e incluso de las que de ella se derivan».

encubierto, del concreto nivel de confianza que el infiltrado adquiere con los miembros de la organización, como veremos al hilo del estudio de los diferentes derechos fundamentales que pueden verse afectados con la intervención del agente. Es por ello, por lo que debemos afirmar que el uso del agente encubierto por los poderes públicos, no es coetáneo a la afectación de los derechos fundamentales.

Es conveniente, por tanto, abordar el análisis sobre la concurrencia del derecho a la intimidad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio; el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho de defensa en la infiltración policial, pues éstas son éstas las garantías que con mayor probabilidad puedan verse afectadas con la intervención del agente.

1. Los derechos fundamentales

El sistema de garantías supone la consagración de los derechos humanos que se apoyan en la existencia de diferentes pactos y tratados a nivel internacional y las propias Constituciones a nivel interno de cada Estado. A nivel internacional y, en concreto en el ámbito europeo, encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966. También a nivel internacional pero en otro entorno podemos ubicar la Convención americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Reglamento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; la Convención Interamericana sobre personas desaparecidas; y la Declaración de los derechos del niño. En el ámbito de la Unión Europea, además del CEDH, también quedan encuadradas estas garantías en la Constitución Europea. De lo que se deduce la proyección internacional del sistema de garantías así como el reconocimiento supranacional de los mismos³⁴.

El sistema de garantías, se configura como los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica

³⁴ BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal...* op. cit., pág. 16.

ca y política³⁵. Así los derechos o garantías fundamentales pueden definirse como:

«todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadano o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista a asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas»³⁶.

En nuestra opinión, desde que los Estados se organizan como un Estado de Derecho³⁷, los derechos fundamentales, dejan de ser meros límites de actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de la actividad positiva del Estado, orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder³⁸.

³⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 22.

³⁶ FERRAJOLI en; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 19 y ss. Es preciso diferenciar la categoría de derechos fundamentales con la de derechos humanos, entendiéndose por tal aquellas exigencias que brotan de la propia naturaleza de la persona humana y por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos, pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad. En este sentido, VERGÉS RAMÍREZ, *Derechos humanos: fundamentación*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 16. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991: también diferencia entre: derechos naturales (aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de serlo); derechos civiles (aquellos que le corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad); derechos fundamentales (aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales); derechos subjetivos (facultad de obrar reconocido a la voluntad de los particulares, es decir capacidad del sujeto individual de exigir de los poderes públicos y del resto de las personas, que respeten al ámbito de privacidad que consideramos imprescindible para garantizar la dignidad de la vida humana), pág. 29-38. NEBREA, M, *Seguridad e intimidad*, ADSI y ISEGS, Barcelona, 2001, pág. 14.

³⁷ FERRAJOLI, define el Estado de Derecho como el tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente, el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial y bajo el proceso. En *Derecho y razón...* op. cit., pág. 106.

³⁸ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado...* op. cit., pág. 228-229. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 46.

Los derechos fundamentales, comparten caracteres propios constituyéndose como un derecho inviolable e inherente a la persona³⁹, caracterizado por su universalidad, igualdad, indisponibilidad, irrenunciabilidad⁴⁰, atribución ex lege, y rango habitualmente constitucional⁴¹ y por tanto, fundamento del orden político y la paz social⁴², supraordenando a los poderes públicos como parámetros de validez de su ejercicio. Sin embargo, estos derechos, no tienen el carácter de absolutos⁴³, aunque cualquier organización pública, cualquier órga-

³⁹ Por ser inherente a la persona, el derecho a la intimidad, se constituye como un derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo y consustancial a la naturaleza humana. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 18.

⁴⁰ CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 97.

⁴¹ Por estos caracteres, los derechos fundamentales se instituyen como no negociables o alienables, correspondiendo a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados. En FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos...* op. cit., pág. 21.

⁴² MARTÍN-RETORTILLO; DE OTTO Y PARDO, *Derecho fundamental y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 26. LUCAS VERDÚ, *Prólogo a la obra de RUIZ MIGUEL, La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 21.

⁴³ El TC, establece que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que el recorte que aquellos hayan de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho. STC 70/2002, de 3 de abril (FJ 10º); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 6º); 143/1994, de 9 de mayo (FJ 6); 98/2000, de 10 de abril (FJ 5); 18/2000, de 10 de julio (FJ 5); 156/2001, de 2 de julio (FJ 4). Asimismo el TS [STS de 17 de septiembre de 2003 (Tol 314187) FJ 1º] ha establecido: «...este derecho que en definitiva es el derecho de toda persona a su intimidad, no tienen un carácter absoluto sino relativo si tenemos en cuenta que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar su limitación entre los que se encuentran la prevención del delito que incluya su investigación y castigo, «orientado por fines de prevención general y especial y que también constituye un interés constitucionalmente legítimo». En concreto, el carácter limitado del derecho a la intimidad, se refleja de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, donde se establece: «Los derechos protegidos en la Ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar, los imperativos del interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas

no estatal, regional o local quedan vinculados por ellos⁴⁴. Esto significa que pueden ser limitados⁴⁵, respetando en todo caso lo previsto por la ley. Por ello, se hallan integrados por un haz de garantías, facultades y posibilidad de actuación que la normativa reconoce inmediatamente a sus titulares y es lo que conocemos como *contenido esencialmente protegido*⁴⁶. Por tanto, es importante delimitar el contenido esencial del derecho fundamental puesto que éstos atienden a la necesidad de crear y mantener las condiciones mínimas para que el desarrollo de la libertad y dignidad de las personas sean efectivas⁴⁷.

Para finalizar, hemos puesto de relieve el carácter relativo de estos derechos y como tal puede ceder ante otros derechos, también de

en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas legítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran. Ahora bien, la Ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo.» Siguiendo con esta misma línea de considerar el derecho a la intimidad como un derecho susceptible de limitación, MORENILLA RODRÍGUEZ, «El derecho a la respeto de la esfera privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, CGPJ, 1993, argumenta que el CEDH al regular el ejercicio del mismo establece en el apartado dos del artículo 8 límites intrínsecos de su ejercicio como excepciones justificadas de las injerencias producida.

⁴⁴ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales* y... op. cit., pág. 26.

⁴⁵ NOYA FERREIRO, *Las intervenciones de las comunicaciones*... op. cit., pág. 50, establece que la posible limitación del derecho a la intimidad, no está recogida en el apartado primero del artículo 18 de la CE, lo cual puede dar lugar a pensar que el constituyente no tenía intención de limitar su ejercicio, puesto que en el resto de apartados donde se regulan los derechos de inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, si se prevé su limitación.

⁴⁶ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 11.

⁴⁷ REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 74.

carácter fundamental o intereses constitucionalmente relevantes⁴⁸. De este modo, podemos diferenciar entre límites internos y externos: Los primeros serán los que deriven de la propia naturaleza del derecho, mientras que los segundos, los límites externos, son aquellos que vienen dados por la colisión con otros derechos fundamentales o no⁴⁹.

En este sentido, el Convenio Europeo de derechos Humanos, enumera los supuestos que constituyen finalidades legítimas⁵⁰:

«no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Evidentemente, esta exposición somera de las características propias y comunes de los diferentes derechos fundamentales, no tiene el propósito de aportar nada nuevo, sino sólo, y repito, nos resultaba interesante para que el sucesivo análisis de los derechos en particular no resulte reiterativo.

A) El derecho a la intimidad

La infiltración policial, se configura como un medio de investigación, donde el agente de policía, bajo la cobertura de una identidad supuesta ingresa en el entramado organizativo para, desde dentro

⁴⁸ LUCAS MURILLO, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 69, establece que como consecuencia del carácter de derecho fundamental de la intimidad, las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación.

⁴⁹ RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a...* op. cit., pág. 195.

⁵⁰ CARRILLO SALCEDO, *El convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 27. En este sentido, FARÍÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, pág. 309. El autor establece que las necesidades públicas que permiten la injerencia en la vida privada son el interés público de la justicia, la seguridad nacional, el orden público, la prevención de infracciones penales y la protección de la salud y los intereses científicos, históricos o artísticos. Por su parte, el TC ha establecido que tampoco existe vulneración del derecho a la intimidad: «cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula» (STC 7/194, de 17 de enero [F.J 2]).

del mismo, poder investigar eficazmente los delitos cometidos o por cometer así como descubrir la identidad de todos los integrantes de la organización.

Esta actuación engañosa de los poderes públicos haciendo uso de una identidad supuesta, sirve como medio para que el agente encubierto se gane el beneplácito de la organización criminal así como para, en su caso concreto, forjar relaciones personales con los miembros de la organización. Es decir, mediante la ocultación de la identidad el agente podrá forjar relaciones de confianza que le permitan desarrollar su labor de infiltrado, y aunque estas relaciones personales que pueden ir más allá de la propia actuación profesional de descubrir los delitos y a los presuntos responsables.

Del tipo de relación que el agente encubierto entable con los miembros de la organización, así como del rol que el encubierto ha adoptado para con los miembros del entramado, dependerá que debamos considerar la actuación del agente encubierto limitativo o no de derechos fundamentales.

El reconocimiento del derecho a la intimidad supone:

«el derecho a estar sólo⁵¹, el derecho que tiene toda persona a reservarse sus sentimientos si así lo desea. Tiene derecho a juzgar si quiera hacerlos públicos o manifestarlos únicamente a sus amigos...haciendo extensivo su amparo a las apariencias personales, a los dichos, a los hechos y a las relaciones personales domésticas o de otra clase»⁵².

⁵¹ En la actualidad, esta definición no parece cubrir todo lo que consideramos incluido en el ámbito de este derecho. Así, en ocasiones, podemos ver limitado el derecho a la intimidad estando solos físicamente. Esto sucederá en las escuchas telefónicas, fotos tomadas a distancia con teleobjetivo y uso indebido de datos informáticos, estando el interesado ajeno a estas circunstancias. GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión». En *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 17.

⁵² WARREN; BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995. Edición a cargo de BENIGNO PENDÁS Y PILAR BASELGA, consecuencia del artículo publicado en 1890, en la «Harvard Law Review» que llevaba por título «The right to privacy», pág. 27-59. Para FARIÑAS MATONI, la intimidad es aquella parte de la vida del hombre que se pretende vivir en soledad o compartida con unos pocos escogidos, frente a todos los demás, consistente en hacer algo privado, hacer algo en privado o controlar el uso y difusión de los datos personales, es decir, la facultad del hombre, esgrimible *erga omnes*, consistente en poder graduar el «eje mismidad-alteridad» que

Es decir, la intimidad tiene que ver con la posibilidad de que, algo de lo que hacemos o de lo que somos, no sea conocido por los demás, y si fuera conocido, que no se vaya divulgando, este secretismo es el que resulta problemático⁵³. Siendo así, que debe permanecer en secreto frente a lo demás⁵⁴.

la intimidad es, siendo el fundamento principal del mismo el secreto. En *El derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 352. Para HERRERO-TEJEDOR, la intimidad es el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado conocido por un número reducido de personas respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación. En HERRERO-TEJEDOR, *La intimidad como derecho fundamental*, 1ª edición, 1998, Colex, Madrid, pág. 25. Asimismo, el Consejo de Juristas Nórdicos reunidos en 1967, establecen que el derecho a la intimidad es el derecho de una persona a ser dejada en paz para vivir su propia vida con el mínimo de injerencias externas, entendiéndose como el derecho del individuo de vivir como él pretende estando protegido contra: Toda injerencia en la vida privada familiar y doméstica; todo atentado a su integridad física o mental a su libertad moral o intelectual; todo atentado a su honor o reputación; toda interpretación prejudicial dada a sus palabras o a sus actos; la divulgación intempestiva de hechos molestos en relación con su vida privada; la utilización de su nombre, su intimidad o su imagen; toda actividad tendente a espiarle, vigilarle u hostigarle; la interceptación de su correspondencia; la utilización malévola de sus comunicaciones privadas, escritas u orales; la divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por él bajo secreto profesional. Cita de FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 311 y ss.

⁵³ GARCÍA SAN MIGUEL, *Estudios sobre el derecho...* op. cit., pág. 10. El Diccionario de la Lengua Española define la intimidad como: «La zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia».

⁵⁴ En este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional: «El derecho a la intimidad, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»... Dada la conexión necesaria que ha de existir entre el derecho en cuestión y la esfera reservada para sí por el individuo, en los más básicos aspectos de su autodeterminación como persona» SSTC 73/1982, de 2 de diciembre (FJ 5); 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3); 197/1991, de 17 de enero (FJ 3º); 20/1992, de 14 de febrero (FJ 3º); 219/1992, de 3 de diciembre (FJ 3º); 142/1993, de 2 de abril (FJ 7º); 117/1994, de 25 de abril (FJ 3º); 143/1994, de 9 de mayo (FJ 6º); 98/2000, de 10 de abril (FJ 5º); 99/1994, de 11 de abril (FJ 5º); 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 3º B); 115/2000, de 15 de mayo (FJ 4º). No obstante, como refleja la STC 231/1988 (FJ 4º), el derecho a la intimidad se extiende más allá de la persona indi-

El derecho a la intimidad, como todo derecho fundamental, vincula la actuación de todos los poderes públicos. Tiene como finalidad última la protección de la vida privada de las personas⁵⁵. En principio el derecho a la intimidad protegerá la esfera de la libertad del individuo. Por tanto, este derecho pertenece a la categoría de derecho de defensa⁵⁶. Por otra parte, y como también hemos puesto de relieve el derecho a la intimidad, no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante otros derechos o ante intereses constitucionalmente relevantes⁵⁷, como es la seguridad del Estado.

En cuanto a la naturaleza jurídica, se configura junto al derecho al honor y el derecho a la propia imagen los denominados derechos de la personalidad⁵⁸, íntimamente relacionado con la dignidad de la

vidualmente considerada: «debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen». Igualmente el Tribunal Supremo la ha definido como: «La intimidad constituye una parcela o ámbito de exclusión, sobre la que sólo se puede actuar, en determinados casos, con la autorización o habilitación legal o judicial.» STS de 22 de diciembre de 2000 (Tol 99627); STS de 4 de mayo de 2001 (Tol 72806). STS de 16 de junio de 2003 (Tol 305441).

⁵⁵ GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, «Reflexiones sobre la intimidad como límite... op. cit., pág. 92-93. No obstante se ha señalado por algún autor que la protección de éstos derechos no aparece sino cuando son violados. PUENTE MUÑOZ, «El derecho a la intimidad en la Constitución». En *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIII, Fascículo IV, Madrid, 1980, pág. 918. Dice la autora que el momento preciso en que es violado es cuando se concretan en auténtico derecho subjetivo, el de exigir la reparación de aquel daño que tiene lugar cuando se quebranta ese deber de respeto que obliga a todos.

⁵⁶ RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 185 y ss. El derecho a la intimidad hay que entenderlo como derecho de defensa, en tanto en cuanto se configura originariamente de forma negativa, es decir, se consideran garantías de la autonomía individual, frente a las injerencias de los poderes públicos en la esfera privada.

⁵⁷ STC 14/2003, de 28 de enero [FJ 12].

⁵⁸ ESPÍN CÁNOVAS...[et.al.], *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 215-216. Además de los derechos consagrados en el artículo 18 de la CE, constituyen también los denominados derechos de la esfera personal, el derecho a la vida y la integridad física, el de liber-

persona⁵⁹ y la libertad de las mismas⁶⁰. En este sentido, debemos destacar que los elementos configuradores del derecho a la intimidad

tad ideológica, la libertad de residencia y desplazamiento y el derecho a contraer matrimonio. Estos derechos se denominan de la «esfera personal» porque afectan de manera más directa a la propia persona desde la perspectiva de su identidad psicológica e intelectual como en un sentido físico y material. GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid, 1989, pág. 17.

⁵⁹ En primer lugar hay que determinar que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a las personas, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás [STC 53/1985, de 11 de abril. F.J 8]. El TC, en su sentencia 57/1994, de 28 de febrero, ha considerado que: «El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce» [F.J 5º A.]. Al respecto, ESPÍN CÁNOVAS...[et.al.], *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional...* op. cit., pág. 228, establece que todos los derechos enumerados en el apartado primero del artículo 18, en especial atención al derecho a la intimidad, pueden considerarse destinados a la protección de un bien constitucionalmente relevante, la vida privada, ordenándose como normas de la propia personalidad derivadas de la dignidad de la persona. La Jurisprudencia constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio; 57/1994, de 28 de febrero; 192/2003 de 27 de octubre) ha establecido que la dignidad de la persona reconocida por la propia CE debe estar presente en todos los derechos fundamentales: «Recordemos una vez más que «la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un «*minimum*» invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona». MARTÍNEZ PISÓN DE CAVERO, *El derecho a la intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 92.

⁶⁰ FARÍÑAS MATONI, *El derecho a la...* op. cit., pág. 326 y ss. REBOLLO DELGADO, *El derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 21. DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad». En *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, 1959, pág. 1237. La dignidad humana debe ser considerada razón de ser, fin y límite de los derechos fundamentales, situándose, por tanto, en un plano superior a los mismos. Así actuará como límite desde una doble perspectiva: la dignidad ajena como límite a los derechos propios y la dignidad como límite a nuestros propios derechos. ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del orden constitucional...* op. cit., pág. 81 y ss.

son: derecho subjetivo y derecho de defensa; garantía institucional de pluralismo y democracia; derecho positivo; garantía de libertad; fundamento del orden social⁶¹.

Frecuentemente, empleamos por igual expresiones como intimidad, vida privada, esfera privada, ámbito íntimo, privado y privacidad, entre otras, para referirnos a ese deseo de disfrute personal y la pretensión consiguiente de exigir a los demás su respeto⁶².

En este contexto, debemos distinguir dentro del concepto de intimidad entre los términos de intimidad y privacidad o *privacy* pues representan dos aspectos diferenciados del derecho a la intimidad⁶³. El término *privacy* se refiere al respeto por la vida privada, la publicación de información sobre la misma y el control de quien puede acceder a ella, mientras que la intimidad hace referencia a las relaciones de inti-

⁶¹ REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental...* op. cit., pág. 75 y ss. Así el autor establece que el derecho a la intimidad, es un derecho positivo inserto en la CE en su configuración nuclear es un derecho subjetivo, de defensa de una parcela de nuestra vida que queremos mantener reservada, y de la que tenemos plena disposición.

⁶² MARTÍNEZ PISÓN DE CAVERO, *El derecho a la intimidad en la Jurisprudencia...* op. cit., pág. 28.

⁶³ FARÍÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 310. También ESPINAR VICENTE, refiere que el derecho a la intimidad ha de referirse a los pensamientos, afectos y prácticas que puedan ser susceptibles de captación externa, ya fuesen a través de medios lícitos o ilícitos. ESPINAR VICENTE, «La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor». En la obra de GARCÍA SAN MIGUEL (Coord.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 48. Es decir, se trata de comportamientos sociales que se caracterizan por darse en un marco restringido: la familia, los amigos, los afectos y, en general, los asuntos que la persona circunscriba a una órbita separada de sus relaciones sociales globales. Existirán, pues, dos círculos concéntricos: el primero, de carácter más amplio y formado al margen de la voluntad del individuo, estaría integrado, de un lado por la colectividad en su conjunto y, de otro, por el medio social general en el que cada persona se relaciona ya sea por su trabajo, residencia o actividad. El segundo libremente elegido sería el coincidente con la órbita de la intimidad y se estructuraría con base en las personas que se da acceso a lo más interior de cada uno. El derecho a la intimidad garantizaría la impermeabilidad de esta segunda órbita, de modo que nada de lo que en ella sucediese pudiese pasar a la primera sin su expreso consentimiento. LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y Doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 208 y ss.

midad entablada con otras personas⁶⁴. Para otros autores el término de vida privada o *privacy*, es equivalente o indistinguible del concepto de intimidad personal utilizado por la CE en el apartado primero del artículo 18⁶⁵. Desde nuestro punto de vista, la suma de estos dos conceptos, intimidad y *privacy*, conforman los que denominan la doctrina alemana como *autodeterminación informativa*, es decir, saber en cada momento, quién, qué, cuando y de qué manera se dispone de la información de uno mismo. En definitiva, según la teoría de las esferas, debemos diferenciar la esfera privada, la íntima y la pública. La esfera privada, se refiere a aquellos datos o informaciones, no íntimos, que la persona sólo quiere sean conocidos por determinadas personas⁶⁶. En cambio con la esfera de la intimidad, se protegen datos de carácter secreto que deben permanecer ocultos y que la persona, en su caso, sólo participa a otro sujeto de su confianza⁶⁷. La diferencia fundamental entre estas dos esferas, es el carácter secreto e íntimo de la información. En el ámbito de la infiltración policial, la privacidad será lo que pueda verse afectado desde el comienzo de la operación incluso de manera inevitable, mientras que la restricción de la intimidad dependerá de la relación que el infiltrado adopte con respecto a las personas investigadas⁶⁸. Finalmente, en

⁶⁴ *Ibidem*. pág. 29 y ss. REBOLLO DELGADO, *El derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 36 y ss, establece la diferencia existente para él entre intimidad y *privacy*. La intimidad es el reducto personal que se pretende ocultar al resto de aquellos con quien convivimos. Mientras que la *privacy* es el estado o condición de estar retirados de la sociedad o del interés público, que aunque reservado puede ser conocido por el exterior (Ej.: estado civil). La vida privada será el lugar dónde el individuo se desenvuelve en los aspectos concernientes al pensamiento y a la conciencia.

⁶⁵ LEZERTUA, «El derecho a la vida privada y familiar en la Jurisprudencia del TEDH». En, *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 52. Para PÉREZ LUÑO, el artículo 18 de la CE parece querer englobar un derecho único y omnicompreensivo, aunque sin denominación general, la tutela judicial de la vida privada, en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...* op. cit., pág. 331.

⁶⁶ GIMENO SENDRA, «El registro de la propiedad y el derecho a la intimidad», en *Libro Homenaje a Jesús López Mendel*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 778.

⁶⁷ *Ibidem*., pág. 776-777.

⁶⁸ A este respecto, Vid. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 136-137.

la esfera pública, se incardinan aquellos datos íntimos o no, que el particular desea exteriorizar al público en general⁶⁹. Por supuesto, la injerencia de los poderes públicos en esta esfera no tendría ninguna relevancia a efectos de limitación de derecho.

En este sentido, cuando el agente encubierto entra a formar parte de las vidas de los integrantes de una organización. Y es éste el que debe constituir la verdadera cuestión de análisis, es decir, en qué medida el engaño que subyace a la infiltración afecta a estos derechos fundamentales⁷⁰.

Hemos advertido que cualquier actividad de infiltración conlleva la restricción de la autodeterminación informativa. No obstante, hay que tener presente que en el derecho a la intimidad existe un fundamento inexorable: la dignidad humana⁷¹ y el libre desarrollo y configuración de su personalidad⁷², pudiéndose describir éste como el ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás necesari-

⁶⁹ GIMENO SENDRA, «El registro de la propiedad y el derecho a la intimidad»... op. cit., pág. 779.

⁷⁰ SSTC 134/1999, de 15 de julio [F.J 5]; 73/1982, de 2 de diciembre [F.J 5]; 110/1984, de 26 de noviembre [F.J 3]; 170/1987, de 30 de octubre [F.J 4]; 231/1988, de 2 de diciembre [F.J 3]; 20/1992, de 14 de febrero [F.J 3]; 151/1997, de 29 de septiembre [F.J 5]. En concreto, la STC 186/2000, de 10 de julio, establece que el atributo más importante del derecho a la intimidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. En el caso de los datos conseguidos por el agente infiltrado durante la investigación, serán legítimamente divulgados, en tanto en cuanto es información necesaria para el proceso y deberá comunicarse al órgano judicial competente tal y como se dispone en el apartado dos del art. 282.bis.

⁷¹ Tal es así que la garantía del respeto de la dignidad de la persona debe encontrarse presente en todos los momentos en que se desenvuelve el ejercicio de la potestad punitiva del Estado impidiendo que el individuo objeto de una investigación penal se convierta en mero objeto de la acción del estado. LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la investigación como presupuesto de validez»... op. cit., pág. 278.

⁷² Vid., REBOLLO DELGADO, *El derecho a la intimidad*... op. cit., pág. 93 y ss. en este sentido, el autor, configura a la intimidad como la protección de la autorrealización del individuo.

rios para mantener una calidad mínima de la vida misma⁷³. En esta tesis, se basa un sector doctrinal que considera que la intervención de un agente encubierto provoca en todo caso una injerencia en el derecho a la intimidad entendida como el poder de controlar las informaciones que son relevantes para cada sujeto⁷⁴.

Así, el derecho a la intimidad puede verse limitado por los poderes públicos en la prevención e investigación del delito. Ahora bien, para que esta limitación sea considerada legítima, deberá perseguir una de las finalidades establecidas en la Ley y respetar los requisitos y procedimientos legalmente establecidos⁷⁵. En este sentido, considerados la lucha contra el crimen organizado como un fin legítimo en el Estado de Derecho⁷⁶.

Como se puso de manifiesto en el Congreso de Intimidad y Seguridad, celebrado en el 2001, *el grado de seguridad que pueden exigir las personas de elementos externos*, como pueden ser la actuación de los poderes públicos en la prevención y represión de los delitos, *mantiene una relación de proporción inversa con la inmolación de parte de la intimidad*⁷⁷. Es decir, el Estado impone una contraprestación necesaria para la efectiva seguridad de los ciudadanos ante los ataques de la criminalidad organizada y siempre que se respeten los límites para la adopción de una infiltración policial.

Con carácter general, esta contraprestación se sustenta en el recorte de ciertos ámbitos de intimidad. De una parte, para la generalidad de los ciudadanos mediante la utilización de ficheros automatizados que el Estado autoriza por cuestiones de orden público⁷⁸. De

⁷³ HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, «Intimidad personal y familiar. Domicilio y medio ambiente». En *Perfiles del derecho constitucional de la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

⁷⁴ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 84 y ss. LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez»... op. cit.

⁷⁵ MARTÍN RETORTILLO BAQUER; DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y...* op. cit., pág. 140. GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal*... op. cit., pág. 633.

⁷⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 297.

⁷⁷ NEBRERA (coord.), *Intimidad y Seguridad*,... op. cit., pág. 13 y ss.

⁷⁸ FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*... op. cit., pág. 215 y 310. Por exigencias del buen funcionamiento de la máquina estatal en muchas oca-

otro lado, las personas vinculadas con la comisión de un hecho delictivo verán limitada su intimidad mediante las técnicas de investigación utilizadas por las autoridades encargadas de la prevención y represión del delito, cuanto más, si nos encontramos ante actuaciones relacionadas con la criminalidad organizada.

En el procesal penal, son muchas las diligencias que se practican restringiendo derechos fundamentales quedando legitimada por la finalidad perseguida y auspiciada por la autorización emanada del órgano judicial competente en cada caso concreto⁷⁹. Concretamente, algunas actuaciones policiales afectan al derecho a la intimidad *in generis*. Por ejemplo, cuando se sigue a un sujeto sobre el que se tienen sospechas sobre la comisión de un delito; o cuando a los pasajeros se le abre el equipaje la previsión, reciente, en los aeropuertos de las controvertidas áreas de seguridad e incluso se le quitan aquellos objetos que pueden ser susceptibles de causar daño. Estas actuaciones policiales no necesitan autorización judicial para practicarlas ni tampoco es necesaria que haya en marcha un proceso penal.

El problema es que en la infiltración policial, la presencia del engaño en la vida de las personas investigadas es continua y no puntual como otros medios de investigación. Esta circunstancia de la continuidad y el engaño en que se basa la infiltración policial son

siones puede verse limitada nuestra intimidad cuando la Administración recoge los datos de identificación para el cumplimiento de las normas de DNI, por ejemplo. A este respecto, se distinguen por el autor varios tipos de limitaciones: las limitaciones de interés público, las interferencias por personas privadas que cumplen funciones en los servicios públicos y particularmente en la de información y las interferencias de unos particulares a otros.

⁷⁹ STC 37/1989, de 15 de febrero [F.J 7]; en esta sentencia el Tribunal Constitucional admite aquellas actuaciones de los poderes públicos que supongan injerencia en la intimidad corporal. SSTC 207/1996, de 16 de diciembre [F.J 3]; 70/2002. *Puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad, es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno. Vid. SSTC 11/1981, de 8 de abril [F.J 7]; 2/1982, de 29 de enero [F.J 5]; 31/1989, de 15 de febrero [F.J 7]; 57/1994, de 28 de febrero [F.J 6].*

fundamentos suficientes para afirmar que en caso de que la intervención de un agente encubierto produzca la restricción del derecho a la intimidad, sea más grave pues en el caso concreto, el agente encubierto, no tendrá conocimiento de datos específicos, como por ejemplo, la intervención de las comunicaciones, sino que compartirá su vida familiar, sus confidencias, utilizará sus datos, todo lo que se relacione con ella, con su entorno y que pueda servir para definir la intimidad⁸⁰, por lo que debemos considerar hay una mayor injerencia en el derecho. Es por ello, por lo que hemos referido que la intervención del agente encubierto, no siempre comprometerá el derecho a la intimidad en el mismo grado sino que dependerá de las relaciones que el infiltrado entable con los miembros de la organización. A la explicación de este punto dedicaremos el apartado que sigue.

Igualmente, para que una injerencia en la vida privada resulte compatible con el derecho reconocido en el artículo 18.1 de la CE, debe cumplir con los requisitos de previsión legal, atención a un fin legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática⁸¹. Aunque la limitación del derecho a la intimidad puede provenir del propio ti-

⁸⁰ En este sentido el TEDH, en Sentencia de 16 de diciembre de 1992 [Nimietz v Alemania], mantiene la siguiente concepción del ámbito protegido por el artículo 8.1 del CEDH: «*el Tribunal no considera posible no necesario ofrecer una definición exclusiva de la noción de "vida privada". Sin embargo, será demasiado restrictivo limitar la noción a un « círculo interior » en el que el individuo puede desarrollar su propia vida personal como él elija y excluir por completo de él el mundo exterior no integrado en ese círculo. El respeto de la vida privada debe también englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos*». MIERES MIERES, *Intimidad personal y familiar: prontuario de Jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 34 y ss. El concepto amplio de vida privada dado por el TEDH, le ha preemitido considerar cubiertos por el Convenio un conjunto heterogéneo de intereses de los individuos en el desarrollo de su vida sin interferencias de terceros, como la vida, la integridad física la identidad sexual, etc. (es decir, lo que hemos denominado como lo íntimo). En definitiva, con la regulación del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) se pretende la protección de la perspectiva subjetiva de la información, entendida ésta como la garantía de los particulares de un derecho de control sobre la publicidad de la información relativa a su persona y familia con independencia de su contenido, vedando, así a terceros a fijar cuales son los lindes de nuestra vida privada (pág. 57-60).

⁸¹ *Ibidem*, pág. 89.

tular que consiente la injerencia en su vida privada⁸², en cuyo caso la actuación de los poderes públicos que supongan la limitación del derecho a la intimidad no podrá considerarse arbitraria o ilegítima. Sin embargo, en los supuestos en que exista consentimiento no cabe hablar de renuncia del derecho, puesto que uno de los caracteres de los derechos fundamentales es la irrenunciabilidad. Ahora bien, el consentimiento que preste el titular del derecho para permitir la injerencia debe ser expreso debido al carácter de imprescriptible del mismo, lo que significa que la inactividad o silencio de su titular no extingue el derecho⁸³.

La entrada del agente encubierto en el seno de la organización es cierto que, está consentida por los integrantes de la misma, en especial, por la cúpula de la organización. No obstante, este consentimiento no puede suponer la renuncia del derecho a la intimidad, es por ello, que esta restricción debe quedar salvada por una autorización que emane de la autoridad competente. Además, como hemos afirmado desde el comienzo de la infiltración policial, no podemos considerar la intimidad restringida y sólo se comparte con los integrantes del entramado ciertos aspectos que inciden en el derecho a la autodeterminación informativa.

A.1. El derecho a la intimidad en la infiltración policial

El estudio sobre la incidencia en la intimidad de los integrantes de la organización, que puede producir la intervención de un agente encubierto debe comenzar distinguiendo dos momentos fundamentales en la infiltración policial, pues la posibilidad de limitar el derecho es bien distinta.

⁸² WARREN; BRANDEIS, *El derecho a la intimidad...* op. cit., pág. 68. Para los autores, el derecho a la intimidad decae con el consentimiento del individuo afectado por la intromisión. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa...* op. cit., pág. 60, pone de relieve que el derecho a la intimidad se caracteriza por el rechazo de toda intromisión *no consentida* en la vida privada (cursiva nuestra) Que la limitación pueda ser impuesta por el propio titular mediante el consentimiento expreso también ha sido puesto de relieve por la STC 134/1999, de 15 de julio.

⁸³ GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de...* op. cit., pág. 20.

Pero antes de adentrarnos en los momentos de la infiltración policial donde interviene de manera activa el agente encubierto, debemos recordar que no en todas las infiltraciones policiales que hemos reconocido⁸⁴, se produce una restricción de los derechos fundamentales, concretamente, del derecho a la intimidad. De este modo, en la infiltración policial de corta duración⁸⁵, la intervención del agente supone un contacto esporádico, y producto de la ocasión para realizar actividades concretas, sin que ello suponga la entrada en el entramado organizativo⁸⁶. Se trata, por tanto de operaciones

⁸⁴ LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la investigación como presupuesto de validez»,... op. cit., pág. 296, establece que existen variadas formas de infiltración: la falsa compra y venta de droga; las entregas controladas o vigiladas; las infiltraciones en redes o grupos criminales, diferenciándose, de este modo el grado de afectación del derecho a la intimidad. Así establece el autor: «es forzoso reconocer que la intervención de un agente encubierto puede afectar a la esfera individual, pues a diferencia de otras técnicas de investigación permite abarcar numerosos aspectos de la vida privada de la persona. No obstante, su impacto en la vida privada varía, según la clase de infiltración. En el supuesto de una falsa adquisición de droga, el contacto que se establece entre el supuesto comprador y la persona que busca concluir la transacción tiene un carácter momentáneo, se basa en relaciones esporádicas y generalmente de muy corta duración. En cambio, en el caso de las denominadas entregas vigiladas, o cuando se trata de la infiltración en redes organizadas, se requiere una intervención muy activa del agente, que debe recurrir a engaños muy elaborados para sorprender la confianza de las personas que pueden proporcionarle información de los hechos cometidos o en preparación. En estos casos, a diferencia de la simple operación de compra, suele tratarse de operaciones de muy larga duración, por lo que el riesgo de que el agente obtenga informaciones extrañas al objeto de la misión es todavía mayor». LÓPEZ ORTEGA, «Prueba y proceso equitativo, aspectos actuales de la jurisprudencia europea», en cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 282 y ss.

⁸⁵ Como señala GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 164 y ss, estas operaciones de corta duración suponen que un agente de policía, ocultando su condición y manifestando de forma engañosa su voluntad de participar en una actividad delictiva, pone de manifiesto la conducta criminal de la persona con la que establece contacto, siendo la diferencia fundamental con las operaciones encubiertas de larga duración la intensidad con que el agente afecta a la esfera personal del investigado.

⁸⁶ Como ejemplo, podemos citar el caso puesto de relieve por la prensa en el que intervino un agente encubierto para la recuperación de las obras de

dónde el agente «encubierto» entabla relación con un delincuente y, en su caso, realizar algún tipo de negocio o transacción con él, que conduzca a evidenciar la comisión de un hecho delictivo, bastando únicamente con ocultar su condición de policía. En la doctrina española, estas clases de actuaciones se conocen como la actuación de un «agente provocador». En nuestra opinión, no existe riesgo alguno de que en estas infiltraciones sea limitado o restringido el derecho a la intimidad, pues la actuación del agente, no conduce al conocimiento de datos relativos a la esfera de la intimidad o la privacidad de la persona con la que mantiene el contacto.

Volviendo a los dos momentos básicos de la infiltración policial (de larga duración) distinguimos entre: un primer momento, en que el infiltrado toma el primer contacto con la organización, en el que empiezan a darse las primeras relaciones de conocimiento, y en el que en circunstancias normales no existe peligro de limitación de derechos fundamentales⁸⁷. Y un segundo momento, donde se desarrolla la verdadera infiltración policial y sobre la que si puede existir el riesgo de restricción de derechos fundamentales, pues es el momento en que el infiltrado se comportará como un miembro más del entramado.

En el primer momento de la infiltración policial, el agente encubierto solo realiza un acercamiento a los miembros de la organización, es una etapa de conocimiento donde la organización debe aprobar la entrada del infiltrado en el entramado organizativo criminal. Así, en esta primera toma de contacto, no podemos sustentar la restricción del derecho a la intimidad. Tan sólo, podemos afirmar la limitación del derecho de los ciudadanos a elegir libremente el destinatario de la información que se pueda dar.

En lo que respecta al segundo momento, cuando el agente encubierto ha sido considerado apto para formar parte de la concreta

arte robadas a E.K. [http://www.elmundo.es/. Edición digital de El Mundo de 26 de junio de 2002].

⁸⁷ DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada. Comentario a la LO 5/1999, de 13 de enero...* op. cit., pág. 83. Establece, por su parte, ZARAGOZA AGUADO, que esta técnica excepcional de investigación puede introducir una intromisión más o menos importante en los derechos individuales de cada persona, ... y que por tanto debe asegurarse una solución equilibrada y ponderada para los intereses en conflicto... En «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 10.

organización criminal. En este momento es cuando verdaderamente comienza la infiltración propiamente dicha, es decir, cuando el agente comienza a ser considerado miembro de la organización. En esta etapa, la afectación del derecho a la intimidad dependerá, no sólo de la actuación del agente sino también de la relación de confianza que los miembros de la organización quieran o mantengan con el infiltrado. En este sentido, podemos diferenciar entre infiltración policial plena y la semiplena.

Analizando esta situación, podemos colegir que, la mayor o menor afectación del derecho a la intimidad dependerá, del rol que adopte el agente encubierto en la organización. Así, el infiltrado puede entrar en la organización criminal sin forjar ninguna relación de confianza, tan sólo las que se derivan de los lazos de fraternidad de la organización.

En estos casos, el agente, se limitará a desarrollar las actividades que le hayan sido ordenadas, adquiriendo todo el conocimiento que, únicamente, se derive del desempeño de esa actividad ordenada por los mandos de la organización. De este modo, podrá adquirir conocimientos sobre la jerarquía o status interno del entramado, de las actividades que se vayan a realizar, de las que estén en preparación y de las que se hayan realizado, de los contactos con otras organizaciones criminales, ect... Y todo ello sin que haya sido necesario la afectación o restricción del derecho a la intimidad.

No obstante, hay parte de la doctrina que estima que la simple presencia del infiltrado en el entramado organizativo es limitativa del derecho a la intimidad. En estos casos, el agente penetra en la vida privada de las personas investigadas ya que aunque únicamente busque información de carácter general respecto de los ilícitos penales accede a datos de carácter reservado sobre la esfera privada del investigado, toda vez que observa aquello que acontece en su presencia o bien le cuentan⁸⁸.

⁸⁸ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 136. DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»... op. cit., pág. 9. SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico...* op. cit., pág. 756. aquí la intimidad debe ser entendida como el poder de control de las informaciones que son relevantes para cada sujeto y que se configura bajo la forma de un poder jurídico que se reconoce

No podemos obviar la importancia de la afirmación anterior pues el infiltrado sin quererlo puede penetrar en la vida privada de las personas accediendo a datos de esta índole. La cuestión fundamental radica en si esta injerencia en el derecho a la intimidad tiene tal entidad que condujera a desechar toda la información obtenida por el agente encubierto por no haberse respetado los procedimientos y requisitos establecidos para la restricción del derecho. Es más, cabe preguntarse si esta lesión del derecho se deriva de la arbitrariedad de los poderes públicos o sin embargo, está auspiciada por el engaño que subyace a la infiltración policial.

En este sentido, la infiltración policial entraña un riesgo que es asumible por el Estado de Derecho, en tanto en cuanto, puede que la actuación del infiltrado conlleve ciertas restricciones del derecho a la intimidad sin ser pretendidas por el agente que desarrolla la infiltración. No obstante, también hay que tener en cuenta la continuidad de la restricción pues la actuación del infiltrado⁸⁹, al contrario que otras actuaciones limitativas del derecho a la intimidad⁹⁰, no es de carácter puntual sino que su actuación se prolonga en el tiempo, factor que consideramos importante cuando hablamos de garantías constitucionales.

a la persona como un ámbito de conocimiento limitado, garantizando la facultad de excluir las intromisiones de los demás y cuyo alcance se delimita por la propia voluntad del interesado. LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la investigación como presupuesto de validez»... op. cit., pág. 279.

⁸⁹ GUARGILIA, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?», en *Jueces para la Democracia*, n° 23, 1994, pág. 59.

⁹⁰ En este sentido, ponemos de relieve que la intervención de las comunicaciones restringe el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. Pero existe una salvedad importante. En la intervención de las comunicaciones la presencia del Estado es puntual. En el caso de la infiltración policial, el poder público personificado en el agente encubierto realiza una presencia continua en la vida de las personas investigadas. Es por ello, por lo que debemos distinguir entre los diferentes roles que puede adoptar el infiltrado. Pues no es lo mismo que sólo se dedique al desarrollo de las funciones encomendadas por sus superiores en la organización (bien porque así lo eligen; bien porque la organización es tan impenetrable que no permiten ninguna injerencia externa); que la actuación del infiltrado cuando entabla relaciones de confianza con los miembros de la organización que van más allá del simple desarrollo de sus tareas, compartiendo con ellos facetas de sus vidas que quedan protegidas por la intimidad.

Por ello, no podemos olvidar que aunque consideremos que la infiltración policial no afecta al derecho a la intimidad desde el momento inicial, deberá adoptarse y desarrollarse en el más estricto marco del principio de proporcionalidad.

En todo caso, la aceptación por parte del Estado de esta interferencia en la vida privada de los investigados, supone que entendamos que estas actuaciones serán consecuencia directa del uso de la identidad supuesta y que devienen del libre comportamiento de las personas a la hora de elegir a quién transmitir la información. Esto es lo que nos lleva a afirmar que, las actuaciones que conducen a la restricción de la esfera privada deben ser amparadas por la resolución emitida por el órgano competente y que autoriza la operación.

Por otro lado, podemos encontrarnos con infiltraciones policiales donde el agente encubierto no sólo se dedica a las actividades propias de la infiltración sino que además adquiere un status con determinados integrantes del entramado. Es decir, forja relaciones de confianza que le permiten entrar en determinadas parcelas de la intimidad que corresponden a ámbitos como las relaciones afectivas, sexuales, ideológicas. Esto es, el agente haciendo uso de la identidad supuesta que se le proporciona para la investigación penal, entabla relaciones que van más allá de la propia investigación. No obstante, hay que tener presente que, la única y última finalidad del infiltrado al entablar estas relaciones con los integrantes de la organización, no puede ser otra que conseguir el éxito de la infiltración policial, o dicho de otro modo, que el agente encubierto estime que podrá obtener más información con esta forma de actuar.

Estos casos sucederán cuando el infiltrado mantiene una relación de amistad con los integrantes del entramado en el que ha sido infiltrado pudiendo compartir con los mismos diversas facetas protegidas por el derecho a la intimidad y accediendo a situaciones propias de la esfera íntima con independencia de que pueden o no reportar algún dato para la investigación.

Entendemos que en estos supuestos, aun cuando no se desprenda de estas actuaciones ningún dato para la finalidad de la investigación, que queda restringido el derecho a la intimidad y por tanto deberá adoptarse la resolución oportuna del órgano competente para que ésta quede salvada y amparada por el Estado de Derecho, cumpliendo así con los parámetros establecidos en la Constitución.

Además, en el supuesto en el que admitiéramos la afectación del derecho a la intimidad con la simple infiltración, debemos poner de manifiesto que cuando se dicta el auto para proceder a la operación, no se refleja la identidad de las personas imputadas por el hecho delictivo, puesto que no se conocerán hasta pasado algún tiempo de infiltración. De hecho, debemos recordar que la infiltración policial se utiliza, entre otros, con el objetivo de descubrir la verdadera identidad de los miembros de la organización y sobre todo de los que se sitúan en la cúpula de la misma, los denominados «hombres de atrás».

Por ende, afirmamos que no todas las infiltraciones policiales que se desarrollan son restrictivas del derecho a la intimidad. Hemos descartado la posibilidad de que las infiltraciones de corta duración afecten de alguna manera el derecho a la intimidad; y con respeto a las de larga duración, será necesario esperar a momentos posteriores de la infiltración para conocer si se afectará o no facetas protegidas por este derecho pues dependerá de la función que el infiltrado adopte en el entramado organizativo.

En definitiva, cuando nos referimos a que la injerencia del derecho a la intimidad no se produce desde el inicio de la infiltración policial, nos referimos a que en el momento inicial, de primera toma de contacto con los miembros del entramado, el infiltrado no entra en la vida privada e íntima de los sujetos investigados. Entre otras cosas, porque todavía no tiene conocimiento de con quién se va a relacionar, no sabe quién compone la organización. Es evidente que las relaciones personales que entable el infiltrado, aunque sólo sea para el desarrollo de su trabajo, van a limitar ciertos aspectos de la vida privada de determinados sujetos de la organización aun sin pretenderlo. Pero en ocasiones, el rol que adopta el agente durante el desarrollo de la operación, conducirá a la limitación de la parcela íntima de sujetos concretos (pues no puede limitar la intimidad del entramado) ya que se le hará partícipe de ciertas relaciones afectivas y de confianza, y esto no debe entenderse legitimado por el uso de la identidad supuesta sino que por el contrario esta práctica, siempre que sólo persiga el éxito de la operación, debe ser tenida en cuenta por el órgano que autorizó la medida.

Además, de las relaciones del agente encubierto con los integrantes del entramado, la intimidad se puede ver afectada por otras actuaciones del infiltrado como por ejemplo, los registros domiciliarios.

Para esta actuación, el agente necesitaría una autorización judicial expresa pues debe entenderse que los registros domiciliarios, no derivan del uso de la identidad supuesta ya que, van más allá del engaño permitido por el Estado. Es decir, en ningún caso, un registro puede encuadrarse en una relación de confianza. Es por ello, que la afectación de la intimidad en estos casos debe quedar legitimada por una autorización judicial expresa en cada caso concreto y, además, respetarse el procedimiento legalmente establecido. Esta premisa genera una situación de riesgo para los fines de la investigación y la propia integridad de los agentes que no tiene porque ser soportada por el Estado, es por ello, por lo que este tipo de actuaciones serán desarrolladas por agentes ajenos a la infiltración policial.

De este modo, es evidente que la legitimación de la operación así como, de la afección de los concretos derechos provienen de la necesidad de luchar contra el crimen organizado. Es decir, el engaño permite la eficacia de la infiltración policial, pero en ningún caso se puede considerar como el fundamento de la misma.

Ahora bien, la posible limitación en la esfera privada e íntima de los sujetos investigados que puede causar la intervención de un agente encubierto quedaría plenamente justificada por la finalidad que persigue la misma, es decir, seguridad nacional y la represión del delito⁹¹, tal y como se expone en el catálogo de las posibles injerencias que las autoridades públicas pueden esgrimir para justificar la invasión del derecho a la intimidad⁹².

⁹¹ Apoyando dicha tesis, ORTELLS RAMOS, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional» en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, establece que la restricción de los derechos fundamentales pueden tener su origen en diversas necesidades que se manifiestan en las actuaciones de los poderes públicos dirigidas a prevenir la comisión de delitos y a evitar, del modo más inmediato, que continúe y culmine la acción delictiva y en las que tiene por objeto la investigación de posibles delitos y, luego, la realización de su enjuiciamiento.

⁹² TORRES-DULCE LIFANTE, «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de honor, intimidad y propia imagen», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *derecho al Honor, la intimidad y la propia imagen II* editado por el CGPJ, 1998.

B) El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

Otro de los derechos fundamentales afectados de manera directa por la actuación del agente encubierto es el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La inviolabilidad del domicilio se recoge en nuestra Constitución en el artículo 18.2 de la siguiente manera⁹³:

«El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

El reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio supone el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización expresa del interesado⁹⁴. De este modo, la libertad domiciliaria junto con las tutelas de las otras libertades enumeradas en el texto constitucional representa una de las principales expresiones de la intimidad de las personas⁹⁵.

⁹³ El derecho a la inviolabilidad del domicilio se encuentra recogido en el artículo 12 de la DUDH: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Igualmente se encuentra regulado en el artículo 8 del Convenio de Roma: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio...». También está previsto en el artículo 17 del PIDCYP: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio...». Y por último, en el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica establece: «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...». Y en el artículo 18.2 de la Constitución Española.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre.

⁹⁵ GONZÁLEZ-TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 55. PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 7ª edición, pág. 404. Para el citado autor, el carácter de instrumental no quiere decir que no sea un derecho autónomo. Pero una vez que éstos han sido reconocidos en el apartado 1 del art. 18 CE, es evidente que su ámbito de protección se proyecta en los derechos reconocidos en los apartados siguientes. El TC ha conceptualizado el domicilio como espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emanación de la persona y de esfera privada de ella.» Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero

Para entender la verdadera limitación del derecho, debemos conocer en primer lugar, el concepto de domicilio, así como el contenido esencial del mismo. Sólo de esta manera podremos entender en qué medida es restringido el derecho por la intervención de un agente encubierto.

Para la formulación del concepto de domicilio es preciso distinguir entre dos elementos definitorios del mismo: el elemento necesario y el accidental⁹⁶. Como elemento necesario, se fija la existencia de un espacio aislado con respecto al mundo exterior, su destino al desarrollo y desenvolvimiento en la vida privada, la irrelevancia del título jurídico y la actualidad de su disfrute. Por su parte, el elemento accidental, se asienta en las notas de estabilidad o habitualidad de la residencia, en tanto en cuanto no son necesarias para formular el concepto de domicilio.

Por tanto, debemos considerar domicilio a los efectos de protección todo espacio físico donde el sujeto desarrolle su faceta más íntima, es decir, es el reducto de intimidad trasladado a un espacio físico.

En cuanto al contenido esencial del derecho, se entiende que tiene predominantemente carácter negativo, en el sentido de que lo que se garantiza es la facultad del titular de excluir a otros, ya sean

(FJ 5), en la sentencia se hace referencia a la existencia de un vínculo indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad. Además, refiere que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de las personas [FJ 2]. Por su parte, la STC 199/1987, dispone que el derecho a la inviolabilidad del domicilio consiste sustancialmente en un derecho a que contra la voluntad del titular y salvo delito flagrante, no haya penetración en el propio domicilio, sin una autorización judicial, cuya concesión y realización se somete además a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la existencia de determinados requisitos (FJ 9). STC 10/2002, de 17 de enero. Por su parte, el Tribunal Supremo, ha considerado como domicilio cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada individual o familiar, estimándose así que constituye domicilio digno de aquella protección cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia estable o transitoria.

⁹⁶ GONZÁLEZ-TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio...* op. cit., pág. 146 y ss. ESTRELLA RUIZ, «Entrada y Registro, interceptación de las comunicaciones postales, telefónicas, etc...», en *Medidas restrictivas de los derechos fundamentales*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1996.

poderes públicos o particulares, en ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona⁹⁷.

Para finalizar, el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, se centrará en la posibilidad de excluir a toda persona del espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto a usos o convenciones sociales. Por tanto, en el seno del proceso, el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio se refleja en la imposibilidad de entrar en un domicilio sin consentimiento del titular o resolución judicial habilitante para ello⁹⁸.

⁹⁷ SSTC 22/2003, de 10 de febrero; 22/1984, de 17 de febrero F.J. 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero F. J. 5: «La primera define su «inviolabilidad», que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliario (constituyendo esta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental), disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial». Igualmente el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de marzo de 1999 (Tol 36485): «Para que se produzca la vulneración de ese derecho fundamental, ha de acreditarse una invasión, intromisión, o entrada física, o incluso por medios mecánicos, electrónicos u otros análogos en ese ámbito, no consentida por el titular, o decretada por resolución judicial».

⁹⁸ La prohibición de penetrar en los domicilios debe entenderse como la actuación física de un tercero que sin consentimiento penetra en ese reducho y además las invasiones que puedan realizarse sin penetración directa sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero). En sentido contrario se pronuncia ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliario en la Constitución de 1978*, Colex, Madrid, 1993, pág. 96. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 78, al manifestar que en estos supuestos se produce un ataque a la intimidad, honor o propia imagen pero no a la inviolabilidad del domicilio. Así como tampoco supone una injerencia en el domicilio la simple mirada por una ventana o por un muro.

Pero como todo derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio no es absoluto. Podrá ceder ante determinados supuestos. En este sentido, establece nuestra Constitución que podrá penetrarse en un domicilio siempre que concorra consentimiento del titular, en caso de flagrante delito o mediante una resolución judicial motivada⁹⁹. Estos límites, son de carácter taxativo¹⁰⁰, lo que significa que la entrada fuera de estos casos se considerará que vulnera el derecho. Por tanto, son considerados como mecanismos de orden preventivo destinado a proteger el derecho y a no reparar su violación cuando se produzca¹⁰¹.

El consentimiento del titular del domicilio donde se pretenda la entrada debe ser un consentimiento expreso e inequívoco, puesto que en caso contrario el consentimiento se entenderá viciado y por tanto vulnerado el derecho.

Por lo que respecta a la resolución judicial, como segundo límite al ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, debe haberse adoptado respetando el principio de proporcionalidad, que más adelante estudiaremos. Además, la resolución que habilite a la entrada o registro en un domicilio debe estar suficientemente motivada.

Por último, el delito flagrante por el que hay que entender, según la Jurisprudencia del TC como *situación fáctica en la que el delincuente es «sorprendido» —visto directamente o percibido de otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito*¹⁰². Por lo tanto, cuando los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, determinen la evidencia de la

⁹⁹ La razón de estos límites viene expuesta en la STC 199/1987, de 16 de diciembre al establecer que: «La sociedad, por razones de orden público, investigación de hechos delictivos, satisfacción de necesidades perentorias, sanitarias, ect... debe estar en disposición de la facultad implícita de poder quebrantar ese ámbito, en principio reservado, que es el domicilio».

¹⁰⁰ El carácter taxativo de los límites del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio viene establecido por el TC. En este sentido, ver SSTC 341/1993; 199/1987; 160/1991, de 18 de julio; 22/1984, de 17 de febrero; 126/1995, de 25 de julio; 136/2000, de 29 de mayo.

¹⁰¹ STC 160/1991, de 18 de julio (F.J. 8).

¹⁰² SSTC 94/1996, de 28 de mayo (F.J. 4); 341/1993, de 18 de noviembre, establece que el delito flagrante es: «la situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención».

comisión de un delito en el interior de un domicilio podrán entrar en él de manera legítima y sin que sea necesario para ello autorización judicial, por ser éste uno de los motivos legítimos que establece la CE para la limitación del derecho.

B.1. El derecho a la inviolabilidad del domicilio en la infiltración policial

En la infiltración policial, la intervención del agente encubierto no es de carácter *pasivo*, es decir, que su actuación no se ciñe a observar y escuchar lo que ocurre a su alrededor. Sino que por el contrario la intervención del infiltrado supone una actuación activa de los poderes públicos en el seno de la organización. Esta situación supone que el agente se comporte como si de un miembro más se tratara lo que conlleva que su actuación pueda incidir en el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio¹⁰³.

Hay que tener en cuenta, que no todos los lugares donde acceda el agente encubierto tendrán la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Así, hay que diferenciar aquellas entradas que se pueden realizar de forma libre por no atentar al derecho a la inviolabilidad del domicilio, de aquellas otras realizadas en domicilios o lugares asimilables. Para ello, debemos referirnos, aunque lo haremos brevemente, al concepto de domicilio, a los lugares asimilados al domicilio y aquellos lugares que nunca podrían tener esa consideración.

En esta línea, debemos admitir que el domicilio es todo reducto físico donde la persona realiza manifestaciones de la vida privada e íntima¹⁰⁴. No obstante, no todo espacio físico va a ser considerado domicilio a efectos constitucionales. En estos casos y como apuntába-

¹⁰³ En este sentido manifiesta ALONSO DE ANTONIO, que el sólo hecho de la entrada supone en sí misma una violación del domicilio sin que sea preciso que vaya acompañada de actos anexos que evidencien un propósito añadido de incrementar la violación. En *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria...* op. cit., pág. 105.

¹⁰⁴ Establece al respecto el Tribunal Constitucional: «espacio físico en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella».

mos con anterioridad, el agente encubierto podrá ingresar en estos lugares sin necesidad de reclamar autorización judicial o consentimiento del titular y sin tener que seguir el procedimiento legalmente establecido a tal efecto. Estos lugares no tiene la consideración de domicilio porque las actividades realizadas en ellos, por la consideración del propio lugar como espacio al que pueden tener acceso una pluralidad indiscriminada de personas, escapan al ámbito propio de la privacidad¹⁰⁵. Específicamente son¹⁰⁶: los establecimientos públicos, incluidos los bares, cafeterías, pubs u otros lugares de recreo y esparcimiento abiertos al público¹⁰⁷; los almacenes y dependencias de los establecimientos públicos¹⁰⁸; las casas abandonadas (o casas deterioradas no aptas para la morada)¹⁰⁹; los cuartos trasteros y los garajes¹¹⁰; los vehículos¹¹¹; los ascensores; los terrenos de dominio público¹¹²; los solares y los despachos u oficinas¹¹³. El ingreso en estos

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ SOL, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pág. 10.

¹⁰⁶ A este respecto Vid., ALONSO DE ANTONIO, *EL derecho a la inviolabilidad domiciliaria...* op. cit., pág. 86-93; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio...* op. cit., pág. 79-94; LUZÓN CUESTA, *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000, pág. 15-37; GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del...* op. cit., pág. 131-146; RODRÍGUEZ SOL, *Registro domiciliario...* op. cit., pág. 26-54; RIVES SEVA, *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 34-49.

¹⁰⁷ Vid., SSTS de 23 de enero de 2006 (*Tol 827080*); 9 de diciembre de 1993 (*Tol 401773*).

¹⁰⁸ Vid., SSTS de 12 de mayo de 2005 (*Tol 667671*); 23 de enero de 1998 (*Tol 78186*); de 19 de diciembre de 1996 (*Tol 406030*); de 27 de noviembre de 1993 (*Tol 401784*); 11 de noviembre de 1993 (*Tol 401684*).

¹⁰⁹ Vid., SSTS de 11 de octubre de 1996 (*Tol 405961*); de 31 de enero de 1995 (*Tol 403264*); de 15 de octubre de 1994 (*Tol 403566*).

¹¹⁰ Vid. SSTS de 19 de enero de 2005 (*Tol 556649*); de 22 de diciembre de 2004 (*Tol 591046*); de 27 de abril de 1999 (*Tol 272768*); de 10 de octubre de 1996 (*Tol 405985*); de 4 de marzo de 1996 (*Tol 406772*); de 27 de abril de 1995 (*Tol 405225*); de 11 de noviembre de 1993 (*Tol 401684*).

¹¹¹ Vid. SSTS de 19 de junio de 2002 (*Tol 203146*); de 14 de noviembre de 2001 (*Tol 129198*); de 15 de noviembre de 2000 (*Tol 117448*); de 29 de diciembre de 1997 (*Tol 407221*).

¹¹² Vid. STS de 6 de Febrero de 1996 (*Tol 406226*).

¹¹³ Sobre este respecto, existe una gran polémica, ALONSO DE ANTONIO, establece que los lugares utilizados por las personas jurídicas y por las físicas, destinados a una actividad laboral, en toda su extensión, deben reputarse

lugares por parte de los poderes públicos, sin autorización judicial, no se reputará como una injerencia al derecho a la inviolabilidad del domicilio. La probabilidad de que el agente encubierto tenga que entrar en estos espacios es alta, máxime, si pensamos en cuantas veces el infiltrado desarrollando sus labores como integrante de la organización tendrá que entregar una cantidad de droga determinada en un solar, casa deshabitada (en definitiva lugares alejados de las miradas ajenas) o bien cuando tenga que acudir a una reunión, acceder a algún contacto, entrar a un garaje a recoger un coche con el que se hará la entrega de alguna sustancia ilícita o transportará a algún miembro de la organización. Además, el infiltrado no sólo actuará en el seno de la organización adoptando el rol de delincuente sino que también podrá ingresar en el entramado para realizar tareas que requieran cierta profesionalización (p. ej. técnico informático) y para lo que se requiere que el infiltrado entre en determinadas oficinas.

Sin embargo, aunque para la entrada en los establecimientos públicos (aun cuando estén cerrados) no es preceptiva la autorización judicial ni el consentimiento del titular del mismo, para el registro se requiere la observancia del procedimiento y requisitos establecidos en la LECrim¹¹⁴.

como domicilios beneficiándose por ello de la garantía del artículo 18.2. En, *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria...* op. cit., pág. 92. Por su parte la jurisprudencia del TS viene a distinguir entre aquellas oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica, a las que procede atribuir protección del reconocido derecho a la intimidad que a las mismas llega a amparar, de aquellos otros despachos, constituyan o no sede social que, por su disposición a la entrada de público, deben considerarse, a diferencia del domicilio de la persona física, desposeídas de semejante protección. Vid. SSTs de 22 de marzo de 2004 (Tol 392798); de 30 de abril de 2002 (Tol 162782). Entre aquellas que no reconocen a las oficinas la garantía sobre la inviolabilidad del domicilio SSTs de 20 de junio de 2003 (Tol 294359); de 27 de junio de 1994 (Tol 403775); en este pronunciamiento del Tribunal Supremo se establece que el despacho de un abogado no es domicilio pero que el deber del secreto profesional hace que se extremen las garantías.

¹¹⁴ SSTC 228/1997, de 16 de diciembre; 10/2002, de 17 de enero; 22/2003, de 10 de febrero. En sentido contrario, la STS de 23 de enero de 1998 (Tol 78186) entre otras, que establece: «El registro en un almacén y también en un taller, se puede llevar a efecto sin el sometimiento legal a las reglas de procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que aquéllos no forman parte de esa privacidad, no integran manifestación alguna del domicilio propiamente dicho».

Claro está que, salvada la entrada del agente encubierto en estos lugares, todo aquello que presencie o escuche podrá ser tenido en cuenta por el órgano judicial para poder dictar una sentencia de condena, en tanto en cuanto, no se podrá predicar de ellas la valoración prohibida por la vulneración de derechos fundamentales. Pues la declaración del infiltrado en el juicio oral constituye prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

El problema surge cuando los agentes encubiertos entran en lugares que sí tienen la consideración de domicilio¹¹⁵, es decir, aquellos lugares amparados en la garantía del artículo 18.2 de nuestra Constitución. En la residencia habitual o segundas residencias (pues el carácter eventual de los domicilios no empaña tal consideración); las habitaciones arrendadas (incluidas las habitaciones de hotel¹¹⁶); los aseos y lavabos públicos; los despachos profesionales; las tiendas de campaña, las caravanas y roulotte.

En estos casos, para ingresar en estos lugares, el agente encubierto tiene que respetar las previsiones constitucionales y legalmente establecidas por considerarse una actuación limitativa de derechos fundamentales. Sólo así podrá constituir prueba todo lo que el agente encubierto pueda obtener.

No obstante, la cuestión se complica cuando los agentes son invitados por el titular del «domicilio» a entrar en él. Está claro que la invitación deriva del engaño, del uso de la identidad supuesta, ya que el concreto integrante de la organización no sabe, verdaderamente, a quién está invitando. El problema está en encontrar una solución a estas entradas sin que ello suponga declarar nulo todo lo obtenido por el agente encubierto.

Por último, hacer referencia a las entradas producto de los avances de la investigación, que son previstas por los mandos policiales

¹¹⁵ En el ordenamiento de EEUU se predica que no es razonable demandar la inmunidad de la cuarta enmienda por la intromisión gubernamental de una *undercover agent*, cuando en él se realizan negocios ilícitos pues esta situación conlleva que el domicilio quede abierto al público en general.

¹¹⁶ Mediante la STC 10/2002, de 17 de enero, se declaró que el artículo 557 LECrim, era contrario al artículo 557 LECrim por cuanto excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que la entrada y registro en las mismas requiera autorización judicial. Antes la situación era muy confusa pues la doctrina jurisprudencial no era unánime en este aspecto.

o por el propio agente encubierto y que normalmente irán seguidas de un registro o serán utilizadas para la instalación de aparatos de escucha y transmisión de la imagen y el sonido. Es evidente que no podemos utilizar el engaño como el refugio que cubre todas las actuaciones del infiltrado, pues en ese caso consentiríamos que el Estado cometiera delitos para la consecución del fin. Es por ello, por lo que estas entradas que persiguen la práctica de otra diligencia deberán ser sometidas a los parámetros que tanto la Constitución como la Ley disponen para el efecto. En caso contrario, se produciría una limitación ilegítima del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y todo lo obtenido directa o indirectamente de ella sería nulo de pleno derecho. Por ello, creemos que lo conveniente es que estas diligencias sean desarrolladas por agentes ajenos a la infiltración pues la publicidad que se predicen de estas diligencias es contraria al espíritu de la intervención del agente encubierto¹¹⁷.

En definitiva, las entradas que se realizan en lugares públicos, así como las que se realizan con la vocación de realizar algún acto posterior de investigación, deberán seguir el procedimiento establecido en la Ley. Sólo aquellas que se derivan de la invitación de los integrantes de la organización son la que nos merecen mayor atención por el régimen al que serán sometidas.

B.2. Las entradas por invitación

Cuando la entrada en un domicilio no va precedida de consentimiento del titular, autorización judicial o situación de delito flagrante, se considera indebidamente restringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

No obstante, hay que considerar que el agente encubierto puede ser invitado a entrar en determinados domicilios (o lugares cerrados asimilados a él). En estos casos media consentimiento para entrar. El consentimiento es prestado porque no se conoce la verdadera iden-

¹¹⁷ Debe tenerse en cuenta que la entrada y registro domiciliario son claros supuestos de preconstitución de la prueba dado el carácter de no disponible de las mismas en el juicio oral. Por ello, la publicidad deviene necesaria para garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa así como la posibilidad de contradicción. Al respecto Vid., GUZMÁN FLUJA, *Anticipación y preconstitución* ...op. cit.

tidad y condición de la persona a la que se le da el beneplácito. Por ello, afirmamos que este se funda en el engaño que subyace a la infiltración policial y que es fruto del uso de la identidad supuesta.

En circunstancias normales, el engaño invalidaría todo consentimiento, lo que derivaría en la restricción ilegítima del derecho. Sin embargo, la finalidad de la investigación y sobre todo la seguridad del agente encubierto, son motivos suficientes para entender que el infiltrado no podría negarse, a las entradas en domicilios cuando son invitados, a la espera de una autorización judicial. En este sentido, la falta de previsión de estas entradas por invitación, hacen que consideremos improbable la solicitud de resolución judicial, pues ello sólo supondría levantar las sospechas de los integrantes de la organización lo que redundaría en la seguridad del agente encubierto.

Está claro que cuando el agente encubierto entra en un domicilio, mediando o no invitación¹¹⁸, podrá observar y escuchar todo lo que acontezca a su alrededor. Esta información podrá ser valorada por el órgano judicial sentenciador. Y aquí es donde reside toda la problemática de aquellas entradas que se realizan mediando únicamente el consentimiento de uno de los titulares de la organización.

En este sentido, el consentimiento bajo engaño puede afectar a los efectos probatorios de la información obtenida. Esta cuestión no está libre de polémica, puesto que existen dos posturas contradictorias. Una primera postura, que tiende a considerar que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental consagrado en la CE, y que a este respecto la LECrim, en el párrafo tercero del artículo 282.bis, es clara cuando establece que deberá solicitarse

¹¹⁸ Vid. ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*... op. cit., pág. 110. Manifiesta el autor en cuanto al consentimiento del titular de la morada que el acto de solicitud de tal consentimiento puede producirse de la forma más diversa, no necesitando incluso la relación directa, ya sea verbal o escrita, entre los distintos sujetos porque la simple llamada es causa suficiente para que el titular comprenda el deseo manifestado por alguien de entrar en su vivienda con el propósito que fuere por el que tampoco cabe exigirse un pleno conocimiento por el titular del domicilio del objeto exacto del requerimiento. Las consecuencias no deseadas que pudieran plantearse por esa falta de cautela son totalmente imputables a aquel que permitió el acceso tácitamente requerido sin cerciorarse de quien y para qué pretendía entrar.

autorización judicial¹¹⁹ cuando el agente encubierto, en el ejercicio de sus funciones vaya a vulnerar un derecho fundamental *so pena* de invalidar toda la información obtenida por esa entrada.

Ahora bien, otra postura, que nos resulta más acorde con la propia naturaleza y el propio sentido de la infiltración policial¹²⁰, en la que se manifiesta que al agente encubierto no se le puede obligar a solicitar autorización judicial en cada uno de los casos en que tenga la necesidad de entrar en un domicilio o lugar asimilado cuando es invitado¹²¹. Así, debemos tener presente que el agente no tendrá conocimientos *a priori* de que la entrada en algún domicilio se va a efectuar y la exigencia de resolución judicial produciría el anquilosamiento de la infiltración frustrándose, probablemente, la investigación¹²².

¹¹⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos», en *La Ley*, diciembre de 2004, pág. 3-5. Establece la autora que el consentimiento prestado por el titular-miembro de la organización al agente encubierto, se encuentra viciado por fundarse en un engaño, engaño que no puede entenderse amparado por el auto inicial legitimador de la restricción del derecho del 18.1, no del 18.2 de la CE.

¹²⁰ En este sentido, señala LÓPEZ BARJA que una sociedad democrática, defensora de sus principios, que cuente con garantías constitucionalmente previstas, para protección de la persona y la sociedad, que busque y pretenda una racionalidad en el ejercicio del *ius puniendi*, necesariamente ha de tener un proceso penal en el que se mantengan estas garantías, soporte básico del Estado de Derecho, ya que su ausencia conduce a un Estado policial, ilimitado e irresponsable en la repercusión penal que inexorablemente deriva en la dictadura más tiránica que pueda imaginarse. En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente...* op. cit., pág. 51.

¹²¹ Sin embargo, existen posturas contrarias, como la de CABEZUDO BAJO que estima que la resolución judicial inicial que autoriza la infiltración del agente encubierto no constituye por sí sola una licencia de cobertura para la entrada de un agente en un domicilio, por cuanto se requiere una específica resolución judicial que autorice la entrada de dicho agente. CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004, pág. 86. Y por ende el consentimiento que justificamos en el auto inicial tampoco sería considerado, por la autora como título habilitante para la entrada.

¹²² Podría sugerirse una primera solución: Al comienzo de la infiltración policial. Es decir, cuando los mandos de la policía judicial solicitan autorización para proceder a la infiltración policial en una organización criminal,

Esta situación es resuelta por el ordenamiento alemán donde se prevé expresamente el régimen de las entradas en los domicilios por los agentes infiltrados. De este modo, se permite al agente la entrada sin necesidad de solicitar la autorización judicial oportuna por entenderse que dicha actuación es consecuencia de la utilización de la identidad supuesta que se le ha proporcionado. Concretamente, el artículo 110d del Código Procesal Penal Alemán establece:

«Bajo la utilización de su título, los investigadores de incógnito pueden entrar en un domicilio con el beneplácito del titular»¹²³.

Esta opción supone considerar legítimas las entradas practicadas por los agentes encubiertos bajo la aquiescencia del titular, siempre que el consentimiento se obtenga con la sola utilización del engaño

la solución podría ser que al hilo de esa autorización se emita un auto que habilite al agente encubierto en prevención para todas las entradas que tenga que realizar. Bajo nuestro punto de vista esta solución parece intolerable en un Estado de Derecho en el que se garantiza el sistema de derechos fundamentales. En primer lugar porque no podemos permitir en nuestro sistema una autorización tan extensa que permita en cualquier momento la entrada de un agente en un domicilio, puesto que ello limitaría perpetuamente el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En segundo lugar, todo auto que licencie para la limitación de derechos fundamentales debe estar motivado. Esta motivación debe ser el producto de la observación del principio de proporcionalidad, el cual debe exigirse caso por caso, puesto que la limitación de derechos fundamentales debe hacerse de manera individualizada y no con carácter indiscriminado o aleatorio. MARTÍN MORALES, [et.al], *El principio constitucional de intervención indiciaria*. Grupo Editorial Universitario. Granada, 2000, pág. 9. Y por último, no se evitarían los posibles abusos por parte del agente encubierto, el cual podría utilizar la autorización para finalidades alejadas a las propias de la investigación llegando así al resultado no deseado de la ilicitud probatoria y la limitación ilegítima del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del derecho a la intimidad. No obstante, esta solución no podemos considerarla aceptable en el Estado de Derecho en virtud del principio de proporcionalidad que se desvirtuaría en este tipo de autorizaciones estereotipadas, ya que las resoluciones que limiten derechos fundamentales deben adoptarse de manera individualizada atendiendo a las causas de necesidad e idoneidad en cada caso concreto y reflejándose así la ponderación realizada para la adopción de la medida.

¹²³ Esta es la traducción del artículo 110d del StPO traducido por EIRANOVA ENCINAS (coord.), *Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 258.

que el Estado reconoce¹²⁴, es decir, no podrán utilizarse maniobras ocultas o sibilinas para conseguir el consentimiento del titular¹²⁵, en cuyo caso la entrada devendría ilícita e ilegítima.

Así, debemos concluir que la autorización inicial para proceder a la infiltración policial, legitima el engaño bajo el uso de la identidad supuesta¹²⁶. Por ello, todas las actuaciones que descansen de manera exclusiva en ese engaño, deben quedar, por ende, legitimadas no tanto por la autorización inicial sino por el consentimiento prestado por el titular, pues el vicio que supone el engaño, es permitido por los órganos de persecución penal¹²⁷.

Como fundamento a esta afirmación, debemos tener en cuenta que la entrada efectuada por el agente encubierto tiene un doble objetivo: no levantar sospechas¹²⁸ y continuar forjando una relación de confianza, pudiéndola considerar como consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, por lo que debemos considerar el

¹²⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 238. GUARIGLIA, «El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?... op. cit., pág. 6, establece el autor que el agente encubierto tiene como actividad permitida la entrada en los domicilios como consecuencia del consentimiento del investigado. Ahora bien, el agente no debe utilizar otros medios para ocultar su identidad, y favorecer su ingreso en el domicilio, como por ejemplo, hacerse pasar por empleado de la administración de la casa de departamentos.

¹²⁵ Estas entradas que amparan la autorización inicial, son las entradas abiertas, en ningún caso las entradas ocultas, en cuyo caso si sería necesaria una autorización judicial *ad hoc*. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 235.

¹²⁶ En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, establece que es obvio que no existirá restricción del tal derecho si se obtiene el consentimiento, siempre y cuando éste sea fruto de una elección libremente adoptada y no se encuentre viciado; en «Entrada y Registro en domicilio», Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 124.

¹²⁷ Es evidente que esta solución sólo es predicable de aquellas entradas en que media consentimiento no para aquellas otras fruto de la investigación y que han sido preparadas por el agente encubierto o los mandos policiales, a las que sí tendrían que acogerse a los requisitos y procedimientos establecidos en la Constitución y en la Ley.

¹²⁸ En este sentido, si cada vez que el agente encubierto durante la investigación entrara en un domicilio se tuviera que solicitar autorización judicial se derivaría en la más absoluta ineficacia de la infiltración policial.

consentimiento del titular-miembro de la organización como presupuesto suficiente para la restricción lícita del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Además, señala DELGADO MARTÍN que, las restricciones de los derechos fundamentales que la actuación del agente pudiera acarrear, se mitigan por dos motivos fundamentales: por la importancia de la lucha contra la criminalidad organizada y, por el continuo control judicial al que se somete la actuación del infiltrado¹²⁹.

Al considerar legitimadas las entradas por invitación, debemos afirmar que la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio es conforme a Derecho. Por ello, todo lo oído o visto por el agente encubierto en el transcurso de esas entradas podría utilizarse en el juicio oral, a través de la declaración del infiltrado, como prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia y por tanto como fundamento de una sentencia de condena¹³⁰.

Por supuesto, cuando el agente encubierto entra por invitación a un domicilio, no podrá realizar tareas de registro pues como dispone el Tribunal Supremo, hay que distinguir dos actos diferenciados: por un lado, la entrada por invitación y por otro las diligencias de investigación que respetarán los parámetros legales y constitucionales establecidos¹³¹.

C) El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

El secreto de las comunicaciones es otro de los derechos que se pueden ver afectados por la infiltración policial. La diferencia principal con los anteriores es que la afectación de este derecho deriva de la actuación del agente encubierto y no de la misma infiltración policial como en el caso de la intimidad.

¹²⁹ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»,... op. cit., pág. 100.

¹³⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios*, ... op. cit., pág. 217. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial...* op. cit., pág. 241. En caso de que la entrada fuera seguida de un registro no consentido por el titular, la información que pueda derivarse de ese registro es nula por restricción ilegítima del derecho a la intimidad.

¹³¹ STS de 27 de noviembre de 1992 (Tol 397642); de 3 de julio de 1993 (Tol 400798) y de 18 de abril de 1994 (Tol 404670).

Este derecho se encuentra recogido en el apartado tres del artículo 18 de la CE¹³² configurándose como instrumental al derecho a la intimidad:

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

El objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones se centra en la impenetrabilidad de un tercero en la misma y no en la posible injerencia de uno de los interlocutores pues sobre los comunicantes no pesa el deber de secreto¹³³.

Quizás por el rol que adopte el agente encubierto en el seno de la organización, este derecho puede encontrarse limitado en numerosas ocasiones. No obstante, las situaciones en que el agente encubierto pueda limitar el derecho al secreto de las comunicaciones, suele ser más teórico que práctico, puesto que la investigación podrá conllevar a la intervención de las comunicaciones pero en raras ocasiones será él quien lo lleve al efecto. Por tanto, podemos considerar al agente encubierto en este sentido como un instrumento de escucha.

Como cualquier otro derecho fundamental para la vulneración del derecho deben darse todos los parámetros y causas que la ley establezca. En caso contrario, todo lo obtenido por el agente con ocasión de la restricción de las comunicaciones, se considerará nulo de pleno derecho y por tanto no servirá como prueba de cargo en el plenario que se dirija contra los integrantes de la organización criminal.

Debemos partir del concepto de comunicación constitucionalmente protegido. En este sentido, la protección de este derecho se ex-

¹³² El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra recogido en el artículo 12 de la DUDH: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia,... o su correspondencia. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Igualmente se encuentra regulado en el artículo 8 del Convenio de Roma: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar,... y de su correspondencia». También está previsto en el artículo 17 del PIDCYP: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia,... o su correspondencia». Y por último, en el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica establece: «Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...». Y en el artículo 18.3 de la Constitución Española.

¹³³ RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal...* op. cit., pág. 349.

tiende a todo tipo de comunicaciones con independencia del medio utilizado para ello¹³⁴ incluidas las comunicaciones orales¹³⁵.

De esta manera, el término comunicación hace referencia a todos los canales por los que pueda existir la interferencia de un tercero público o privado¹³⁶. Por tanto, se protegerá no sólo las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas sino también las comunicaciones electrónicas así como aquellas que se llevan a cabo de manera oral¹³⁷, siempre que la persona que interfiera la comunicación no sea uno de los interlocutores de la misma. Esta idea ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹³⁸:

¹³⁴ NOYA FERRERIRO, *La intervención de las comunicaciones orales ...* op. cit., pág. 107.

¹³⁵ En el caso de las comunicaciones orales hay que diferenciar dos supuestos. Por un lado si la comunicación oral se mantiene entre dos o más personas diferentes al agente encubierto y éste las intercepta, nos encontramos ante una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Por otro lado, si el agente encubierto es uno de los interlocutores de la conversación, no estaría limitando del derecho al secreto de las comunicaciones sino el derecho de defensa.

¹³⁶ MORENO CATENA, «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la Justicia penal (Estudios homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)* Valencia, 1997, pág. 410. No obstante, sólo protegerá las comunicaciones privadas dejando fuera del contenido del derecho las que se hacen por medio de la radio, imprenta, televisión u otro procedimiento destinado a la difusión del pensamiento a un número indeterminado de personas. DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre 1986.

¹³⁷ Según MARTÍN MORALES, entran dentro del ámbito del artículo 18.3 de la CE, los modernos medios de comunicación que normalmente aprovechan las líneas telefónicas, como son el teletipo, el telefax, o a la terminal de un ordenador, así como a cualquier tipo de tecnología comunicativa existente o que haya aparecido en el futuro. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 45.

¹³⁸ SSTC 281/2006, de 9 de octubre; 56/2003, de 24 de marzo; 123/2002, de 20 de mayo; 70/2002, de 30 de abril; 127/1996, de 9 de julio; 114/1984, de 29 de noviembre. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de octubre de 2006, establece al hilo de la actuación de un agente encubierto para la investigación de una red de pornografía infantil que: «Quien como el funcionario de policía, interlocutor en una o varias comunicaciones revela su contenido no infringe el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones».

«Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma».

Dependiendo el medio por el que fluye la comunicación, el tercero interferirá en el proceso de diferente manera. De este modo, si es una comunicación telefónica se habla de intervención de comunicaciones, pues el proceso de comunicación no se paraliza. En el caso de correspondencia escrita procede la interceptación u observación de la misma, que consiste en la aprehensión física de la correspondencia paralizando, de este modo, el proceso comunicativo¹³⁹. La importancia de esta distinción la encontramos desde la óptica de la operatividad de la investigación, pudiéndose distinguir así varias diligencias u operaciones¹⁴⁰.

El bien jurídico protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones, se determina en primer término por la comunicación misma por entenderse que pertenece a la esfera privada de la persona. Es decir, se intenta proteger la interferencia de un tercero ya sea público o privado en el proceso comunicativo, con independencia del contenido de la comunicación misma¹⁴¹. Así, lo establece el Tribunal Constitucional «El concepto de "secreto" en el art. 18.3 tiene un ca-

¹³⁹ En el caso de los nuevos canales de comunicación no está muy claro si se procede a la intervención o interceptación. Por ejemplo, en el caso del correo electrónico, entendemos que será la intervención. En el caso del fax existiría una aprehensión física de la correspondencia pero no tiene por qué suponer una paralización en el proceso de comunicación. En este sentido, dependerá si la persona que interfiere coge para sí el fax no diferenciando así en interceptación o intervención respectivamente.

¹⁴⁰ DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, *Derecho procesal penal (Manual para criminólogos y policías)*... op. cit., pág. 276.

¹⁴¹ Así lo establece JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, Tomo VII, 1986, pág. 9. Establece el autor que el concepto del secreto de las comunicaciones es rigurosamente formal. Dice el autor, que el secreto no se dispensa en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver esta protección con el hecho de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la *privacy*. Así el secreto tiene un carácter formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

rácter "formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado»¹⁴². No obstante, se protege mediante el derecho de igual forma la identidad subjetiva de los interlocutores¹⁴³.

El contenido del derecho al secreto de las comunicaciones y la protección que otorga dicho derecho, quiebra frente a todo tipo de actividad que lesione de alguna manera el derecho al secreto de las comunicaciones.

Además mediante el secreto de las comunicaciones, no sólo se protegerá la comunicación misma, sino que también se protegerá frente a otras técnicas como el recuento consistente en interceptar las llamadas realizadas o recibidas por un interlocutor.

Señala JIMÉNEZ CAMPO, que el derecho al secreto de las comunicaciones se configura como un derecho público subjetivo que vale sólo como tal pretensión exigible frente a los poderes públicos¹⁴⁴.

C.1. El secreto de las comunicaciones en la infiltración policial

Ya dijimos que la intervención de un agente encubierto puede conllevar la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones. Así, la restricción del derecho proviene no es consecuencia directa de la infiltración policial. Es decir, estas actuaciones suponen una intención del agente de desarrollar la intervención o interceptación de comunicaciones pero no son consecuencia inmediata de la entrada del infiltrado en la organización criminal.

Esto supone que la actuación supera el engaño que subyace a la infiltración policial puesto que no derivan directamente de la relación de confianza que el agente encubierto entabla con los miembros de la organización gracias a la utilización de la identidad supuesta.

¹⁴² STC 117/1984, de 29 de noviembre (F.J 7).

¹⁴³ Esta afirmación ha sido puesta de relieve por la STEDH de 2 agosto 1984 Caso Malone contra Reino Unido; STC 114/1984, de 29 de noviembre; STC 123/2002, de 20 de mayo. STS de 25 de septiembre de 2003 (Tol 316516).

¹⁴⁴ JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones»... op. cit., pág. 9 y ss.

Por tanto, la interceptación o intervención, en su caso, de las comunicaciones se deberá hacer con estricto cumplimiento de lo dispuesto en los textos legales con respecto a la intervención de comunicaciones. En este sentido, la actuación del infiltrado tendente a la restricción de las comunicaciones precisa de una autorización judicial previa.

Pusimos de relieve que el secreto de las comunicaciones se extiende a todos los modos de comunicación (telefónica, electrónica e incluso oral mediante la captación del sonido a través de aparatos de escucha que estén instalados o bien sean transportados por el agente encubierto). De este modo, cuando el agente encubierto no es uno de los interlocutores, también se encuentran amparadas, por el artículo 18.3 de la CE siendo, para su interceptación, necesaria solicitud de autorización. Mediante la captación de este tipo de comunicaciones, el agente encubierto, adquiere gran cantidad de información relativa a los sujetos y actividades de la organización criminal investigada y también información no relativa a la organización propiamente dicha.

Diferente cuestión es la interceptación de comunicaciones orales en las que el infiltrado es uno de los interlocutores. En estos supuestos, no será necesaria la autorización judicial previa. Con posterioridad estudiaremos la posible limitación del derecho de defensa de los integrantes de la organización, en tanto en cuanto las conversaciones pueden tener cierto tinte de interrogatorio. Por ello, es necesario delimitar aquellas conversaciones en las que el agente encubierto no forma parte, sólo escucha, y en su caso graba ya sea de manera subrepticia o no; de aquellas otras en las que el mismo se constituye como interlocutor. Así en las primeras el derecho limitado es el enmarcado en el artículo 18.3 de la CE, mientras que en las segundas, el derecho afectado, lo será, el derecho a la intimidad y de defensa por la situación jurídica del imputado¹⁴⁵.

En conclusión, salvo que el agente encubierto forme parte de la comunicación, el engaño no cubre la intervención de las comunicaciones pues estos actos suponen un *plus* en la relación de confianza. Es decir, la intervención e interceptación de comunicaciones no son

¹⁴⁵ Con respecto a las grabaciones realizadas por los propios interlocutores de la conversación, establece CLIMENT DURÁN, que no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones ni el derecho a la intimidad. En *La prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 1053.

consecuencia lógica de la utilización de la identidad supuesta y por tanto del engaño permitido por el Estado. Así en estos casos es necesario que la actuación del infiltrado vaya precedida de un control judicial previo e individualizado para el caso concreto.

D) El derecho fundamental a la defensa

Para finalizar el apartado relativo a los derechos fundamentales que se pueden ver afectados durante el transcurso de la infiltración policial, abordamos los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la CE y, en especial, los enmarcados en el apartado segundo relativos al derecho de defensa y, a los derechos instrumentales de que se sirve como: el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable¹⁴⁶.

No podemos olvidar que mediante la infiltración policial se busca obtener una información sobre actividades presuntamente delictivas para luego utilizarlas. En este sentido, MONTÓN REDONDO¹⁴⁷, argumenta que la utilización de operaciones encubiertas para:

«la investigación de determinados delitos supone que debe hacerse prevalecer el descubrimiento de la verdad material y la aplicación de la ley, al tiempo deben quedar preservadas debidamente las garantías constitucionales y procesales propias de toda investigación penal en un Estado de Derecho».

Junto con las limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando media consentimiento del titular, la restricción del derecho de defensa por el agente encubierto suele ser, además de probable, de difícil solución. En este sentido, analizaremos el tratamiento que debe dispensarse a las conversaciones mantenidas por el agente encubierto con los miembros de la organización o con testigos. La importancia surge cuando las conversaciones tengan carácter in-

¹⁴⁶ Este derecho también goza de reconocimiento internacional. Así, en el CEDH queda recogido en el artículo 6 bajo el título del derecho a un proceso equitativo, en el que se regula el derecho de defensa. En la DUDH, regula el artículo 11. En el PIDCYP, en el artículo 9 se reconoce el derecho de defensa. Y en el Pacto de San José de Costa Rica recogido en el artículo 8 de las *garantías judiciales*.

¹⁴⁷ MONTÓN REDONDO, «El proceso preliminar (la instrucción)», en MONTERO AROCA [et.al], *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 11^o Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 208.

criminatorio es decir, la conversación similar a un interrogatorio¹⁴⁸. Por ejemplo, cuando se evidencie la participación en determinadas conductas delictivas¹⁴⁹.

En principio, estas manifestaciones serían consideradas como declaraciones del imputado, que deberán estar rodeadas de las garantías que establece el artículo 24.2 CE que reconoce el derecho de defensa y el derecho a un proceso debido.

El derecho de defensa, en general y los derechos a no declararse culpable, a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, en particular, se consideran derechos públicos constitucionales que asisten a todas las personas físicas a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible por el que se les concede la posibilidad de oponerse eficazmente a la pretensión punitiva¹⁵⁰. El derecho de defensa, es exigido, en el proceso penal, por el principio de contradicción y se constituye como una de las garantías más importantes del proceso penal propio de un Estado de Derecho¹⁵¹.

En cuanto al contenido esencial del derecho de defensa que asiste a toda persona imputada, se encuentra el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a guardar silencio y el derecho a no declarar

¹⁴⁸ GUARIGLIA, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista del proceso penal?»... op. cit. Además, señala ASENSIO MELLADO, que la finalidad básica del interrogatorio es la de que el mismo pueda ejercitar correctamente su derecho de defensa. Lo cual no se realiza en los casos de infiltración policial por encontrarse el interrogado ajeno a esta circunstancia. En *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 135.

¹⁴⁹ La información que pueda obtener el agente encubierto gracias a estas conversaciones pueden tener carácter incriminatorio para el interlocutor, para terceros. Pero también puede suceder que con esta conversación sólo se obtenga información acerca de la organización, actividades, delitos ya cometidos o por cometer.

¹⁵⁰ GIMENO SENDRA, «El derecho de defensa» en *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 89.

¹⁵¹ Así lo pone de manifiesto el TC en STC 229/1999, de 13 de diciembre: «en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad «asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión...» (F.J 2).

contra sí mismo, considerados éstos como derechos instrumentales al derecho de defensa¹⁵².

El reconocimiento de estos derechos fundamentales a todas las personas sometidas a un proceso determina que previamente a la declaración de la persona como imputada o sospechosa de la comisión de un hecho delictivo —según palabras del Tribunal Constitucional— debe ser ilustrada de la situación y de los hechos que se le imputan¹⁵³.

Para prestar la declaración, establece ASENSIO MELLADO, que es necesario el conocimiento de la imputación desde los primeros momentos puesto que sin los datos de la misma no es posible el ejercicio de los demás derechos, o lo que es lo mismo, no se puede guardar silencio o declarar en un sentido determinado sino se conoce la base que justifica una actividad¹⁵⁴.

La inobservancia de la comunicación de los derechos instrumentales que componen el derecho de defensa, conlleva a la inutilizabilidad de la declaración prestada, no pudiendo ser tomada en cuenta como prueba de cargo, ni resultar provechosa en contra del inculcado durante la fase instructora¹⁵⁵. Estos efectos que se ponen de relieve, son importantes en relación a la declaración prestada en el transcurso de la infiltración policial, puesto que el ejercicio de estos derechos se ve entorpecido y la finalidad que persiguen totalmente burlada, en el caso de que el agente encubierto formule las preguntas de manera engañosa¹⁵⁶.

Así, para el efectivo ejercicio de estos derechos se imponen una serie de garantías con el fin de asegurar la espontaneidad de las declaraciones. En este sentido, se prohíben todos los métodos que puedan perturbar la declaración, además de tener que estar asistida por

¹⁵² GIMENO SENDRA, «El derecho de defensa»... op. cit., pág. 100 y ss.

¹⁵³ PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 80 y ss.

¹⁵⁴ ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1999, pág. 122 y ss. Establece el autor que el imputado tendrá derecho a ser ilustrado de los hechos históricos que fundamentan la imputación y las personas que han comunicado los mismos, sin que sea admisible informarles únicamente de la figura del delito por el que se precede.

¹⁵⁵ GIMENO SENDRA, «El derecho de defensa»... op. cit., pág. 108. REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatorio de imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 43.

¹⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente*... op. cit., pág. 108.

letrado e intérprete en caso de ser necesario¹⁵⁷. La inobservancia de estas garantías conlleva a la declaración de nulidad del interrogatorio no pudiendo en ese caso utilizarse como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

En cuanto a los límites del derecho de defensa que se le reconoce a toda persona inmersa en un proceso penal, no está sujeto a las limitaciones que en los apartados anteriores hemos hecho referencia, es decir, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se trata de combatir ello no justifica la violación de las garantías constitucionales. En este sentido, la propia CE prohíbe el uso de violencia o torturas para practicar el interrogatorio pues esta situación provocaría la prohibición de valoración de todo lo obtenido¹⁵⁸.

No podemos considerar que en los diálogos similares a interrogatorios, la persona investigada esté siendo sometida a métodos de interrogación prohibidos. De este modo, en este punto la prohibición de valoración queda salvada.

El problema deviene en la incidencia que puedan tener estas conversaciones, o mejor dicho, el contenido de esas conversaciones en el derecho de defensa, pues el agente encubierto obvia la advertencia de los derechos que le asisten a guardar silencio; a no declarar contra sí mismo, y a no declararse culpable.

En principio, estas conversaciones son mantenidas gracias a la utilización de la identidad supuesta y por tanto deben ser consideradas libres y espontáneas aunque se basen en el engaño que supone la actuación del infiltrado lo que se podría traducir en la liberación del agente encubierto de realizar cualquier advertencia.

¹⁵⁷ REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatorio del imputado...* op. cit., pág. 87 y ss.

¹⁵⁸ En este sentido, establece la jurisprudencia ha manifestado que la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución, ni siquiera es admisible cuando la solicitan los propios imputados ya que la dignidad humana y la libertad o autonomía de la voluntad no son negociables» SSTS 30 de junio de 2005 (Tol 685621); 23 de junio de 1997 (Tol 408475); de 28 de abril de 1992 (Tol 398882); 26 de noviembre de 1991 (Tol 459768).

D.1. El derecho de defensa en la infiltración policial: diálogo similar a un interrogatorio

Una de las actuaciones propias y más típicas en la actuación del agente encubierto, es la participación en conversaciones con los miembros de la organización. En algunas ocasiones los diálogos pueden tener contenido incriminatorio. En principio la grabación de las conversaciones por uno de los interlocutores es admisible pues se entiende que en su obtención no se ha conculcado derecho fundamental alguno. No obstante, el caso que nos ocupa resulta algo más problemático ya que no podemos olvidar que uno de los interlocutores, es un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y que el carácter incriminatorio de las conversaciones puede conllevar a la limitación del derecho de defensa establecido en el artículo 24.2 CE. Por ello, en este epígrafe analizaremos con detalle la problemática de estas conversaciones y su posible viabilidad para fundamentar una sentencia de condena como prueba de cargo.

Debemos de partir precisando que el derecho fundamental limitado, no es en ningún caso el derecho al secreto de las comunicaciones, a pesar de que algún secreto doctrinal así lo ha manifestado¹⁵⁹. La especial importancia de su estudio subyace del carácter limitativo sobre el derecho de defensa establecido en el artículo 24.2 CE¹⁶⁰. En este sentido señala DELGADO, que el Estado mediante el empleo de agentes encubiertos consigue eludir la aplicación de las normas elementales para el derecho de defensa del imputado exigibles en el momento de su declaración¹⁶¹.

¹⁵⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERA, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 224 y ss. CABEZUELO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio...* op. cit., pág. 73. Para estos autores las grabaciones de las conversaciones por uno de los interlocutores afectan de manera directa al ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones.

¹⁶⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 242.

¹⁶¹ Es decir, en el diálogo que se practica, los miembros de la organización hablan con plena libertad ante el agente por lo que éste se encuentra dispensado de la obligación de informar al imputado de sus derechos DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»... op. cit., pág. 117; Y en «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», en *Problemas actuales de la justicia penal*, J.M Bosch, Madrid, 2004, pág. 119 y ss. Sigue el autor haciendo referencia a la dispensa por el agente de comunicar los derechos al imputado

Cierto es que cuando uno de los interlocutores, es reconocido, tanto por la Jurisprudencia como por la doctrina no se considera limitador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones¹⁶². No obstante, dado el ámbito en el que nos movemos, la infiltración policial, el agente encubierto puede de alguna manera mantener conversaciones que por su contenido pueden resultar contrarias a las exigencias dispuestas por el artículo 24.2 CE, fundamentalmente, el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.

En la captación de estas comunicaciones, no podemos hablar de intervención, pues la persona que graba es interlocutor de la misma¹⁶³. Por ello, no supone un medio de investigación que tenga que ser adoptado por el órgano judicial. En este sentido, en el acto de

por así dispensarlo la LECrim. Por ello, resulta importante determinar en qué momento nace este derecho de defensa, en relación a la comunicación del derecho de defensa que asisten a toda persona sujeto del interrogatorio, puesto que el principio acusatorio que inspira nuestro sistema procesal lleva al reconocimiento de una serie de derechos dirigidos a garantizar la contradicción en condiciones de igualdad. REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatorio del imputado...* op. cit., pág. 23. La obligación de comunicar la atribución delictiva que contra él se formula y los derechos que le asisten constitucionalmente nacen cuando realmente existe la imputación de la comisión de un delito. Sin embargo, el TC ha establecido: «el imputado aún no procesado es también titular del derecho constitucional a la defensa, según reconoce hoy el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de tal forma que se ha de sostener la procedencia de instruir de tal derecho, antes de su declaración, a cuantas personas hayan podido tener alguna participación en los hechos objeto del proceso y siempre y cuando resulte efectivamente de las actuaciones procesales que determinada persona, pese a no haber sido procesada, es considerada ya por el Instructor como imputada o, cuando menos, «sospechosa» de haber delinquido» (STC 37/1989, de 15 de febrero).

¹⁶² STC 114/1984, de 29 de noviembre; 56/2003, de 24 de marzo: «No hay secreto para aquél a quien lo comunicado se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención por cualquier medio del contenido del mensaje». SSTs de 20 de febrero de 2006 (Tol 407528); de 6 de julio de 2000 (Tol 273011).

¹⁶³ Y como así se ha puesto de manifiesto por la Jurisprudencia, la intervención que afecta del derecho al secreto de las comunicaciones es si la persona quién la realiza es un tercero, público o privado, ajeno a la comunicación misma. En este sentido la STS de 9 de noviembre de 2001, declara la inexistencia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por parte de los agentes encubiertos que graban la conversación simulando estar interesados en la compra de hachís. (Tol 102949).

autoinjerencia no interviene ninguna autoridad pública, puesto que se desarrolla en el propio ámbito de las relaciones estrictamente intersubjetivas¹⁶⁴. Podría argumentarse que el carácter de autoridad con que está investido el agente encubierto ocasionaría la pérdida del carácter intersubjetivo de la comunicación. No obstante, hay que tener en cuenta que tal y como refiere el Tribunal Constitucional, las personas gozan de libertad de elección cuando cuentan algún hecho sin que en ningún caso pueda verse afectado el derecho al secreto de las comunicaciones y ello con independencia de quienes sean los interlocutores¹⁶⁵. Así, como veremos más adelante, que la grabación la realice un particular o los poderes públicos suscitan una diferencia fundamental, en relación a la valoración como prueba en el acto del juicio oral.

Otro problema, se suscita en torno a las personas con las que el agente encubierto mantiene la conversación que es grabada. Partiendo de la base de que en este caso, las grabaciones pueden afectar al derecho de defensa de uno de los interlocutores, pues le permite acceder a cierta información que le sirva de indicios suficientes para adoptar otras diligencias con las que conseguir la finalidad deseada, debe ser desarrollada, en la medida de lo posible, con todas las garantías y respeto de los derechos fundamentales.

Así, el agente encubierto debe centrarse en mantener las conversaciones con las personas integrantes de la organización, sin perjuicio de que mantenga conversaciones con personas allegadas a los miembros de la misma. Estas situaciones han sido resueltas por vía Jurisprudencial, dada la falta de legislación para con la misma. Es decir, podemos encontrarnos ante varias situaciones. En primer lugar, el infiltrado mantiene conversaciones con los miembros de la organización, en segundo lugar mantiene conversaciones con

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, *La intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 150.

¹⁶⁵ STC 90/1992, de 16 de noviembre. En este sentido establece GASCÓN INCHAUSTI, *La infiltración policial...* op. cit. pág. 95, que las personas gozan de la libre elección del destinatario de la comunicación. Esto forma parte de la esencia de las relaciones humanas y de los riesgos inherentes a la elección de ciertas personas como depositarias de la confianza personal. LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez»... op. cit.

familiares o allegados de los integrantes de la banda, y por último, cuando la conversación se mantiene con varias personas, algunos integrantes de la organización y terceros ajenos a ella.

La primera situación, cuando el agente encubierto graba la conversación que él mismo mantiene con los miembros de la organización se centra en los estrictos diálogos similares a interrogatorios. Es evidente que la grabación se practicará sin saberlo el resto de los interlocutores que participan¹⁶⁶. En estos casos, la grabación realizada por el agente encubierto como interlocutor de la conversación deja a salvo el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁶⁷. No obstante, el problema en este tipo de conversaciones-grabaciones atañe a otro derecho fundamental, el derecho de defensa establecido en el artículo 24.2 CE, en concreto el derecho a ser informado de la acusación, la asistencia de abogado, el derecho a no confesarse culpable y el derecho a no declarar contra sí mismo¹⁶⁸. Estos diálogos en forma de

¹⁶⁶ La Jurisprudencia admite que la licitud de las grabaciones de las conversaciones propias. Además si admitimos la posibilidad de que la declaración del infiltrado sobre las conversaciones pueda servir como prueba útil y apta para enervar la presunción de inocencia, cuanto más la grabación de las mismas pues la documentación acústica entendemos que resultará incluso más fiable. STC 114/1984, de 29 de noviembre; STS de 30 de mayo de 1995 (Tol 405141).

¹⁶⁷ Así lo pone de relieve la STC 114/1984, de 29 de noviembre: «quien emplea durante su conversación... un aparato... que permite captar aquellas conversaciones a otras personas, no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que esta misma conducta,... pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución. Establece la STC: «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otras consideraciones, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores ex art. 18.3 se terminaría vaciando de sentido... así se garantizará por el artículo 18.1 CE». Además establece la SSTS de 20 de mayo de 1997 (Tol 407528); 27 de noviembre de 1997 (Tol 407832): «El que un imputado tenga derecho a guardar silencio, y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, no empece a que el órgano judicial le ponga de relieve la prueba contra ella obtenida porque también tiene derecho a conocer las pruebas e imputaciones contra ella, ostentando asimismo el derecho a declarar».

¹⁶⁸ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal Penal*... op. cit., pág. 137. Todos estos derechos se configuran como instrumentales del derecho amplio de defensa.

interrogatorios, se conectan con el principio de estricta observancia en el proceso penal, *nemo tenetur se ipsum accusare*. En el curso de la infiltración policial estas conversaciones son inevitables, puesto que el infiltrado entra en la organización criminal para formar parte de ella. En este sentido, la cuestión que nos debemos plantear radica en el posible provecho que para el proceso penal pueden tener la información obtenida mediante estas conversaciones. Es decir, estas conversaciones podrán ser utilizadas para enervar la presunción de inocencia y por tanto formular una sentencia de condena.

En cuanto a la valoración de la información obtenida con estos diálogos, encontramos dos tesis fundamentales y opuestas centradas en la exigencia de advertencia o comunicación al investigado de que está siendo sometido a un interrogatorio. De este modo, por un lado nos encontramos con la teoría que aboga por la prohibición de valoración probatoria de las declaraciones de carácter incriminatorio que se hayan realizado a un agente encubierto. Esta postura, aceptada por la dogmática alemana y argentina, entiende que la omisión de advertencia en la investigación mediante agentes encubiertos provocaría que el debido proceso (derecho fundamental) quede por debajo de las investigaciones encubiertas. Y esto sería inadmisibles en el proceso penal alemán que admite sólo los interrogatorios regidos bajo el principio de la transparencia¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Esta postura de la dogmática alemana ha sido recabada de GUARGILIA, «El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?»... op. cit. El ordenamiento jurídico argentino establece que la información obtenida por el agente encubierto mediante los «interrogatorios informales» no puede ser valorada en un procedimiento penal. Además un sector de la doctrina española considera que dichas grabaciones no son consideradas como una fuente de prueba apta para acceder al acto del juicio oral, sino simplemente puede ser reconocida como información relevante que sirva de indicios suficientes para adoptar otros medios de investigación pertinentes para la consecución de la finalidad de la investigación. Podrán también acceder como pruebas indirectas. Pero desde luego, todo aquello que sea de carácter incriminatorio no podrá ser incorporado en el proceso criminal como prueba de confesión. ALONSO PÉREZ, *Medios de investigación en el proceso penal*... op. cit., pág. 428 y ss. NOYA FERREIRO, *La intervención de comunicaciones orales directas*... op. cit., pág. 335. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, pág. 117. Cuando la grabación da lugar a una declaración autoinculpatoria, al carecer de las notas de voluntariedad, no podrá tenerse en cuenta como una confesión, puesto que no se tiene en conocimiento de la inter-

La segunda de las tesis anunciadas, acepta la valoración probatoria de estos diálogos por entender que no son estrictamente interrogatorios y que en consecuencia el agente encubierto, en principio se queda liberado del deber de advertencia¹⁷⁰. Aunque más que liberación, es retraso de la notificación de los derechos¹⁷¹. Esta postura se basa en que la autorización judicial para actuar bajo identidad supuesta, justifica el engaño en que se funda el hecho de que el imputado o el testigo accedan a mantener una conversación, suministrándole información de contenido incriminatorio. Por tanto, se considerarán válidas y por ello susceptibles de enervar la presunción de inocencia, aquellas declaraciones autoincriminatorias siempre que éstas se hayan prestado de manera libre y espontánea. De este modo, cuando el investigado ignora que está conversando con un agente

vención y ello conllevaría la limitación del derecho de defensa recogido en el artículo 24.2 CE. En estos casos, a las grabaciones efectuadas debe negarse toda validez y eficacia. Así lo señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba...* op. cit., pág. 208-209. Acerca de la imposibilidad de utilizar la conversación cuando esta tiene carácter incriminatorio, aclara la STS de 9 de noviembre de 2001 (Tol 102949): «Por esta razón, si en los autos de la instancia no hubiese más prueba contra este recurrente que las declaraciones de signo autoinculpatorio, contenidas en la cinta que se registró su conversación con los agentes encubiertos, acaso nos encontraríamos ante una ausencia de prueba, por la prohibición "ex" art. 11.1 LOP de valorar pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, en cuyo caso la declaración de su culpabilidad hubiese infringido su derecho a la presunción de inocencia».

¹⁷⁰ En este sentido se pronuncia la Corte Suprema de los Estados Unidos al afirmar el valor probatorio de estos interrogatorios practicados por el agente encubierto, pues como manifiesta son sólo «interrogatorios informales». La aceptación de estos se fundamenta en la voluntariedad de la persona pues no existe «atmósfera coercitiva» y por ello, el agente encubierto queda liberado de la advertencia de las Miranda Warnings. Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Illinois vs. Perkins* (496 US 292 (1990)); *Hoffa vs US* (385 US 293 (1996)).

¹⁷¹ En este sentido afirma GÓMEZ DE LIAÑO, que una vez adoptado el secreto de sumario, no se debe dar traslado de la imputación a éste hasta no haberse levantado, fundamentalmente para evitar la frustración de la investigación y sin que ello suponga la limitación del derecho de defensa. En *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 221.

encubierto, no hay razón para asumir la responsabilidad de que el sospechoso se encuentra bajo coacción¹⁷².

En nuestra opinión, la segunda de las opciones es la más correcta si tenemos en cuenta el verdadero sentido de la infiltración policial. De esta forma, admitimos que estas conversaciones entre el agente encubierto y el investigado puedan limitar el derecho de defensa por tener contenidos autoincriminatorios. No obstante, consideramos que la autorización judicial que habilita al infiltrado a actuar bajo la cobertura de la identidad supuesta ampara el engaño, y por tanto legitima todas aquellas actuaciones que deriven de él, como por ejemplo, la limitación del derecho de defensa. Sin embargo, creemos que deben darse algunas premisas para poder admitir la valoración probatoria de estas conversaciones.

En primer lugar, las declaraciones autoincriminatorias se realizan de manera libre y espontánea¹⁷³. En segundo lugar, que no se

¹⁷² GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 108-109 y 242-243. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 97-98. GUARGILIA, «El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?», el autor aunque admite que el agente encubierto queda liberado del deber de advertencia, describe la situación que se desprende de los ordenamientos jurídicos alemán y argentino. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 220-221, la autora admite que no habrá vulneración del derecho de defensa siempre y cuando se haya declarado el secreto instructorio. GUZMÁN FLUJA, «Agente encubierto y garantías del proceso penal...» op. cit., pág. 218.; ELENA RESUMIL, «Peligro en la respuesta, peligro en el silencio: ¿Derecho a no declarar contra sí mismo o a permanecer callado» en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, núm. 58, enero-febrero, 1998 [<http://www.capr.org>] La profesora Elena Resumil, indica que el derecho a no auto incriminarse se configura como un derecho instrumental del derecho de defensa y que alcanza a toda persona inocente o culpable, acusada o no. Además refiere que esta garantía constitucional va dirigida a evitar la arbitrariedad y abusos por parte del Estado. No obstante, a pesar de que las advertencias se configuran como requisitos imprescindibles para la salvaguarda al derecho a no autoincriminarse, existen casos, como las operaciones encubiertas, en que se eximen al organismo investigador de hacerlas. Así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo de EEUU en el caso *Illinois v. Perkins*, en el que admitía como táctica legal la utilización de agentes encubiertos en prisiones para extraer confesiones o admisiones incriminatorias de los reclusos, sin que exista la obligación alguna del agente infiltrado de hacer advertencia bajo estas condiciones.

¹⁷³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración Policial y agente...* op. cit., pág. 243.

utilicen otros medios como drogas o torturas para conseguir estas declaraciones a pesar de encontrarnos en operaciones encubiertas¹⁷⁴. Y en tercer y último lugar, que el agente encubierto mantenga una posición pasiva o receptora simplemente, es decir, que el infiltrado no conduzca la conversación hacia determinados puntos que determinen así una confesión¹⁷⁵.

Si el infiltrado grabara las conversaciones que mantiene con los familiares o personas allegadas al investigado, no podrán ser consideradas como prueba testifical al no concurrir los requisitos propios de la misma¹⁷⁶. Además, debemos tener en cuenta que cuando el agente encubierto conversa con un familiar obteniendo así información relevante para la investigación, ésta se basa en el engaño inicial que subyace de la propia infiltración y que el Estado reconoce. Por tanto, esta información podrá ser utilizada tanto como indicio para la adopción de otras diligencias de investigación como para fundamentar una sentencia de condena, pues no puede entenderse que se ha obtenido con infracción del derecho a no declarar contra determinados familiares o clientes ya que cuentan con el respaldo de una autorización judicial.

Y por último, si la conversación que es grabada se mantiene con varias personas, consideramos que le es aplicable la teoría propuesta para la conversación con un solo miembro de la organización.

¹⁷⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 222.

¹⁷⁵ GUZMÁN FLUJA, «Agente encubierto y garantías en el proceso penal»... op. cit., pág. 218-219. Señala el autor que en los casos en que el agente infiltrado dirija la narración hacia determinados puntos concretos buscando, a sabiendas, una incriminación, ésta resultará de valoración prohibida pues la labor activa del infiltrado supone un *plus* al engaño inicial en sentido contrario la STS de 9 de noviembre de 2001 (Tol 102949). Así, trasladando la experiencia germana sobre las entradas en domicilios por los agentes encubiertos a las conversaciones que éste mantiene, considerando así nulas y por tanto inutilizables en el juicio oral toda la información obtenida mediante maniobras capciosas o utilización de violencia o engaños que superen el que subyace de la operación encubierta.

¹⁷⁶ Señala MORENO CATENA que, por la sola circunstancia de conocer los hechos no se adquiere la condición de testigo, sino que para ello será preciso la citación judicial con las formalidades prescritas por la Ley. MORENO CATENA (junto GIMENO SENDRA; CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 644.

Igualmente, si la conversación se mantiene con personas miembros de la organización y personas ajenas a la misma, creemos que se ampararía en el engaño que subyace a la infiltración y por tanto quedaría amparada en la autorización inicial. Es este sentido establece el TS:

«Una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírselo a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto»¹⁷⁷.

En aquellos casos en que la grabación sea considerada como prueba indirecta, podría admitirse que el agente encubierto acudiera al acto del juicio oral como testigo para contar todo aquello que presenció o escuchó.

Así, la grabación más la declaración testifical del agente ejecutor de la intervención, podrán servir como prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia de condena¹⁷⁸.

¹⁷⁷ STS de 1 de marzo de 1996 (Tol 406639).

¹⁷⁸ Declara el TC que la prueba indiciaria es idónea para destruir la presunción de inocencia. SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 175/1985, de 17 de diciembre; ATC 427/2004, de 10. Igualmente la STEDH de 25 de septiembre de 1992 [Caso Pham Hoang]; de 20 de marzo de 2001 [Caso Telfner]. STS de 15 de septiembre de 2004 (Tol 513642).

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO (I)

SUMARIO: I. LOS PRESUPUESTOS DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. III. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL. 1. Sujeto activo de la infiltración policial. A) Los agentes de policía como únicos sujetos activos de la infiltración policial. A.1. La policía judicial: la función genérica y específica. A.2. La policía judicial específica. A.2.1. Policía autonómica. A.2.2. Unidades especializadas de la policía judicial específica. 1. Unidad de Droga y Crimen Organizado (UdyCO). 2. Unidad de delincuencia especializada y violenta (UDEV). 3. Brigada de información tecnológica (BIT). A.3. La policía judicial genérica. A.3.1. La policía local. A.3.2. El Servicio de vigilancia aduanera. A.4. Conclusión. B). Organismos internacionales en la lucha contra el crimen organizado. B.1. Europol. B.2. Interpol. B.3. Equipos conjuntos de investigación. C) Coordinación y cooperación entre los Cuerpos de Seguridad. D) Formación del agente encubierto. E). Agentes dobles. Corrupción del agente encubierto. 2. Sujeto pasivo de la Infiltración policial. A) Concepto normativo de la organización criminal. A.1. El concepto de organización criminal en el derecho español. A.2. El concepto de organización criminal en el derecho comparado. A.3. El concepto de organización criminal en el plano internacional. B) Características básicas de la organización criminal. B.1. Asociación de personas. B.2. Disposición de medios materiales y personales: sofisticación. B.3. Empleo de la violencia. B.4. Influencia negativa sobre el sistema. B.5. Estructura de la organización. B.6. Características de los miembros de la organización. B.7. Código de conducta. B.8. Apariencia de legalidad. B.9. Gravedad de la conducta delictiva. B.10. Internacionalización o transnacionalización. C) La organización criminal a los efectos de la infiltración policial.

I. LOS PRESUPUESTOS DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL

Hablar de presupuestos de la infiltración policial supone referirnos a las condiciones mínimas que deben existir para la adopción de la medida. En este contexto, diferenciaremos los diferentes presupuestos que deben incidir en la adopción de una infiltración policial

para que esta se desarrolle dentro de los parámetros estrictamente legales.

En este capítulo nos centraremos en el estudio del concreto ámbito de intervención de un agente encubierto en el seno de una infiltración policial y en el análisis de los presupuestos subjetivos de este medio extraordinario de investigación.

Sabemos que la infiltración policial se circunscribe a la investigación de la delincuencia organizada pero no de toda organización criminal. La LECrim establece lo que podemos denominar una primera criba al delimitar la intervención de un agente encubierto a determinados hechos delictivos. No obstante, consideramos que el elenco de delitos que la LECrim señala, pueden no responder a la realidad criminal actual de los entramados organizativos. Por ello, creemos oportuno hacer una aproximación de las acciones delictivas que deben perpetrarse por la organización criminal para poder ser adoptada la infiltración policial con independencia de que el criterio que mantengamos sea la pena o el bien jurídico protegido.

Seguidamente, analizaremos los presupuestos subjetivos desde una doble vertiente. Por un lado, la persona que puede intervenir como agente encubierto y que desde ya consideramos que sólo podrá desempeñar esta función los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Y por el otro, el estudio del concreto ente al que va dirigida la investigación penal a través de la infiltración.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

La actuación del agente encubierto, debemos ubicarla de manera exclusiva y excluyente a la investigación de las organizaciones criminales.

La infiltración policial, puede entenderse como un medio de defensa del Estado que puede resultar agresivo para el sistema de garantías, pero que a su vez se considera necesario para frenar el perjuicio que provocan las organizaciones criminales.

No obstante, este medio de investigación extraordinario, no puede ser utilizado de manera generalizada para la investigación de cualquier organización criminal, si no tan sólo será efectivo para la investigación de aquellos entramados que revistan determinadas características, entre las que se encuentra la gravedad de la conducta

delictiva. Es decir, sólo debe recurrirse a la infiltración policial cuando estemos ante organizaciones realmente lesivas para el Estado de Derecho y, cuando sus conductas criminales supongan graves consecuencias para la paz social y seguridad de los ciudadanos.

En este sentido, la mayoría de las legislaciones, donde se regula de manera expresa la figura del agente encubierto, establecen una lista de delitos reduciendo, así el ámbito de actuación del agente encubierto. El problema principal radica en que esta lista cerrada no responde a las realidades delictivas de las organizaciones criminales¹. Aunque esta opción responde a principios de especialidad, legalidad y proporcionalidad², ya que la decisión de adoptar la infiltración policial no puede recaer en el arbitrio judicial.

Debemos tener en cuenta, que cualquier hecho delictivo cuando es cometido por una organización criminal, adquiere una mayor gravedad para los sistemas democráticos. Desde esta perspectiva, encontramos conductas tipificadas que han sido históricamente ligadas a la actuación de una organización criminal. Este es el caso del terrorismo, tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, secuestros. Sin embargo, existen otros delitos no considerados como propios de las organizaciones criminales pero que en los últimos tiempos su comisión ha venido atribuyéndose a las mismas (robo de vehículos, tráfico de especies de flora y fauna protegidas, etc).

En el derecho comparado, puede comprobarse la existencia de diversos modos de determinación del ámbito de actuación del agente encubierto. En este sentido, el § 110a del Código Procesal Penal alemán establece que, la infiltración policial, podrá ser utilizada para la investigación de delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, de la falsificación de moneda o de efectos timbrados y en el sector de la protección del Estado. Igualmente podrán adoptarse la intervención de un agente encubierto para el esclarecimiento de delitos castigados con una pena privativa de libertad mínima de un

¹ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 212-213, refiere que fuera de estas conductas delictivas, el uso de agentes encubiertos, sería no reconocido legalmente y por lo tanto podría generar responsabilidades civiles y penales de quien lo dispusieran.

² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERA, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 202.

año o superior cuando exista peligro de reiteración. O bien, para el esclarecimiento de delitos castigados con pena privativa de libertad mínima de un año sin peligro de reiteración cuando el especial significado del hecho exija la intervención y otras medidas resulten inútiles³.

En el ordenamiento belga, se establece una lista cerrada de delitos entre los que se enumeran, los delitos contra la corona, las violaciones graves del derecho internacional humanitario, delitos de terrorismo, delitos informáticos, la corrupción de funcionarios públicos, secuestros, tráfico de drogas, etc. Así, se puede autorizar la actuación del agente encubierto cuando la actuación de las organizaciones criminales se centra en alguno de estos delitos expresamente establecidos en la Ley para tal efecto⁴.

En la misma línea, se pronuncia el ordenamiento francés, al establecer que la infiltración policial puede utilizarse de manera exclusiva para la investigación de los delitos de asesinato, torturas y actos de barbarie, tráfico de seres humanos, falsificación de moneda, terrorismo, robo, blanqueo de capitales, etc, siempre que sean cometidos por bandas organizadas.

En Dinamarca, se circunscribe el ámbito de actuación del agente encubierto a la concurrencia de dos cuestiones fundamentales: por un lado, que no exista un medio de investigación menos gravosos. Y por otro, que el delito tenga asignada una pena superior a seis años o suponga una infracción aduanera⁵.

El ordenamiento italiano, hace algunas referencias a la posible utilización del agente encubierto para la investigación de determi-

³ GUARGILIA, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?... op. cit. (edición digital <http://www.cienciaspenales.org>. Revista de Ciencias Penales, núm. 12, agosto, 1996). GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 41.

⁴ Ordenamientos como los de Argentina regulan la intervención de un agente encubierto para las organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico. En Bogotá regula una lista cerradas de delitos. En cuanto al ordenamiento chileno, no prevé catálogo alguno para la investigación por agentes encubiertos. Por último Paraguay regula la medida para el tráfico ilícito de estupefacientes y actividades afines.

⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 45.

nados delitos⁶. Así en el tráfico de drogas, se establece la no punibilidad de los agentes de policía cuando adquieren de *manera simulada la droga*. En la lucha contra la criminalidad mafiosa y en la prostitución y pornografía infantil, podrán infiltrarse agentes de la policía con el único fin de obtener fuentes de prueba relacionados con esos delitos. En 2001, se incorpora a esta lista la investigación de delitos con finalidad terrorista.

En España, el legislador ha optado por una lista cerrada y excluyente, es decir, sólo para la investigación de estos delitos se puede solicitar la intervención de un agente encubierto.

Como podemos observar, la opción elegida por los diferentes ordenamientos suele predicar el carácter exclusivo y excluyente de la intervención del agente encubierto. En este sentido, los legisladores han previsto diversas formas de determinar el ámbito objetivo del agente encubierto.

El ordenamiento alemán, pionero en la regulación de la infiltración policial, dispone de un sistema mixto para circunscribir la posible intervención del infiltrado, en el que se establece, en primer lugar, una lista de delitos y, en segundo lugar, una cláusula subsidiaria referida a la pena.

Otro de los sistemas, se ciñe a una lista cerrada de delitos y fuera de ellos, la intervención del agente encubierto no sería posible. Este es el caso de España, Bélgica, Francia e Italia.

En último lugar, el ordenamiento danés se ha inclinado por determinar el ámbito de actuación del infiltrado a través de una cláusula en la que se recogerán todas aquellas conductas delictivas sancionados con una pena superior a cinco años.

Desde ahora, podemos adelantar que, en nuestra opinión, el sistema que mejor puede adecuarse a la realidad criminal de las organizaciones es el ordenamiento alemán, aunque debemos manifestar nuestras reservas.

De este modo, la disposición de una lista cerrada y taxativa puede conllevar a la inoperancia e ineficacia de las investigaciones encubiertas pues las organizaciones criminales caracterizadas por su versatilidad son capaces de modificar su comportamiento delictivo

⁶ MELILLO, «Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative delitti con finalità di terrorismo», ...op. cit., pág. 42.

más rápido de lo que al Estado se le permite reaccionar, lo que produciría que en unos años, la figura quedaría obsoleta y sin aplicación (salvo para las conductas tradicionales que perduran en los años).

Sin embargo, tampoco podemos apoyar el establecimiento de una lista abierta de delitos, que aunque parece ser la solución más idónea con vistas a erradicar toda sombra de crimen organizado, no es la más acorde con los principios inspiradores del proceso penal y por ende del Estado de Derecho pues esta solución supondría un incremento en los poderes estatales de intervención pudiendo generar arbitrariedades⁷.

Por ello, como ya dijimos, el sistema ideal es determinar un sistema mixto lo que garantizaría la eficacia de la infiltración policial⁸. No obstante, ya indicamos nuestras reservas a este sistema que se centran en averiguar qué marco penal debe imponerse a la cláusula subsidiaria para la aplicación del agente encubierto.

Debemos destacar que la pena de un año, nos resulta desproporcionada teniendo en cuenta el carácter extraordinario de investigación. Quizás lo más razonable sería fijar el límite en más de 5 años, pues así todos los delitos que pudieran encuadrarse en este segundo punto tendrían, al menos, la consideración de graves, donde se podrían incluir todos aquellos hechos punibles que puedan afectar la paz jurídica o atenten contra la seguridad ciudadana.

La determinación de la pena en más de cinco años, se debe al carácter extraordinario de la infiltración policial ya que consideramos que el establecimiento de una pena más baja, solo llevaría a la utilización indiscriminada del agente encubierto con la consecuencia inmediata de inseguridad, salvo que se incluyera una cláusula de subsidiaridad que responda a la imposible consecución del mismo resultado por otros medios menos gravosos.

⁷ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 203-204.

⁸ Este es el sistema que establece la Ley 3/2003, de 14 de marzo sobre la orden de entrega y detención europea (Publicada en BOE de 17 de marzo de 2003, núm. 65). Esta regulación, viene a dar cumplimiento a la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, de 13 de junio de 2002 (DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002)].

No obstante, la realidad del ordenamiento jurídico español es que la intervención del agente encubierto queda circunscrita a determinados delitos enumerados en el artículo 282.bis 4 LECrim. Al contrario de lo que ocurriría con la definición de organización criminal que propone la Ley, a los efectos de la intervención de un agente encubierto, la cual considerábamos demasiado amplia teniendo en cuenta la naturaleza de la infiltración policial, el ámbito objetivo establecido resulta demasiado restrictivo pues no responde a todas las manifestaciones, graves, de criminalidad organizada.

De esta idea se deriva, una discusión doctrinal acerca de la consideración que merece el artículo 282.bis LECrim, es decir, si debe reconocerse como *numerus apertus* o *numerus clausus*⁹.

Para poder determinar nuestra postura acerca del tema, creemos necesario examinar los diferentes tipos delictivos propuestos en el artículo 282.bis.4 desde el punto de vista de la gravedad del delito y del bien jurídico protegido, para poder dilucidar si la mencionada lista responde a algún criterio concreto que excluya la participación de un agente encubierto en la investigación de cualesquiera otros delitos.

⁹ Si partimos de la consideración de *numerus apertus*, deben incluirse todas aquellas actividades delictivas que respondan a las características de la actividad de delincuencia organizada que la propia ley establece. En sentido contrario otros autores afirman que la enumeración hecha por el legislador en el artículo 282.bis 4 LECrim, son señalados de manera taxativa. RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de las LECrim»... op. cit., pág. 161, aboga el *numerus apertus*. HERNANDO MARTÍN, «La Guardia civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones»... op. cit., pág. 1393. En sentido contrario, defienden el carácter cerrado de la norma MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España»... op. cit., pág. 40; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «El "agente encubierto" y la "entrega vigilada". (Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)», en *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 102. QUERALT JIMÉNEZ, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero», *La Ley*, núm.6, 1999, pág. 1825; MUERZA ESPARZA, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 561. DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»... op. cit., pág. 110.

A primera vista, podríamos pensar que el listado de delitos obedece a la gravedad del hecho delictivo. Sin embargo, si analizamos la enumeración del artículo 282.bis LECrim nos encontramos con que no todos los tipos tiene la consideración de delitos graves, incluso podemos afirmar que son la minoría quienes tiene dicha mención. La diferencia entre delitos graves y menos graves proviene de la naturaleza y duración de las penas¹⁰.

De esta manera podemos distinguir en el artículo 282.bis.4 LECrim, delitos menos graves como son: el robo de vehículos, los delitos relativos a la flora y fauna, delitos relativos a la prostitución, delitos de tráfico de material nuclear o radiactivo, alguno de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, delitos relativos a los derechos de los trabajadores, delitos relativos a la propiedad industrial o intelectual y los delitos contra el patrimonio histórico, donde lo relevante para la intervención de un agente encubierto es la participación de organizaciones criminales¹¹.

Y los delitos que merecen la distinción de graves, como los delitos de secuestros de personas, alguno de los delitos diferenciados en los relativos al orden socioeconómico y patrimonio, los delitos contra la salud pública, delitos de falsificación de moneda¹², de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y delitos de terrorismo. Visto lo cual, y dada la falta de homogeneización en las penas, el legislador no ha seguido el criterio de la gravedad del hecho delictivo.

¹⁰ Esta distinción se recoge en el artículo 33 CP: Son penas *graves*: La prisión superior a cinco años... Son penas *menos graves*: La prisión de tres meses hasta cinco años.

¹¹ Alguna de las conductas delictivas añade un agravante en el caso de que el sujeto activo pertenezca a una organización criminal, como es por ejemplo, el caso de los delitos relativos a la prostitución. En estos delitos el pertenecer a una organización criminal supone un agravante de segundo grado (Art. 187.2 CP). DIEZ RIPOLLÉS; ROMEO-CASABONA (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 477.

¹² En el seno de la Unión Europea se ha hecho eco de la importancia para la economía nacional de la comisión de estos delitos. Así incluso se ha creado una «oficina central para la lucha contra la falsificación del euro». Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, relativa a la protección del Euro contra la falsificación mediante la designación de Europol como organismo central para la lucha contra la falsificación del Euro. [DOCE L 185, de 16 de julio de 2005] <http://www.europa.eu.int>.

Por otra parte si nos detenemos en la protección que dispensan los diferentes delitos enumerados, nos encontramos con un único factor común, cual es la repercusión en la vida social y/o en la vida económica. De este modo, por ejemplo en el delito de secuestro se protege la libertad y seguridad ciudadana; en los relativos a la prostitución, la libertad sexual; en los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico, la posesión-propiedad; en los relativos a la propiedad intelectual o industrial, el patrimonio y orden socioeconómico; los derechos de los trabajadores en aquellas conductas ilícitas que vayan contra los mismos; en la falsificación de monedas, la seguridad en el tráfico jurídico internacional; en los delitos de tráfico de estupefacientes, la salud pública; y la seguridad ciudadana en delitos de terrorismo, de tráfico de armas o materiales radioactivos. Siendo así, lo único que tienen en común es la proyección social y el grave perjuicio que para la ciudadanía y para el Estado de Derecho en general ocasiona la comisión de estas conductas delictivas¹³.

Además de esta característica común de repercusión social, todos ellos coinciden en ser delitos públicos, es decir, todos pueden ser perseguibles de oficio¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe afirmar con rotundidad que se escapan en el listado numerosas conductas delictivas que pueden llevar a cabo las organizaciones criminales, lo que nos hace considerar la deficiente clasificación que se plasma en el artículo 282.bis 4 LECrim.

¹³ En este sentido, afirma MORENO CATENA, que los delitos serán de enorme gravedad y gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con el material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva. En *Derecho Procesal Penal* (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ)... op. cit., pág. 61-62.

¹⁴ Antes de la reforma del Código Penal en 2003, los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial eran perseguibles sólo a instancia de parte por su consideración de delitos semipúblicos. Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2003, estos delitos pasan a ser delitos públicos o perseguibles de oficio: «Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial son objeto de una agravación de la pena y, en todo caso, de la mejora técnica de su tipificación, de acuerdo con la realidad social, la configuración del tipo delictivo y su repercusión en la vida económica y social. Por ello, desaparece también el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio».

Por ello, declaramos que, en nuestra opinión, sería necesaria una nueva redacción del apartado cuarto del tan mencionado precepto legal, incluyendo las conductas delictivas obviadas por el legislador de 1999. Sin ánimo de proponer un texto articulado del precepto, debemos considerar dos cuestiones importantes a proponer. Por un lado, la necesidad de incluir a la lista actual de delitos tales como el tráfico de órganos; el homicidio; corrupción; blanqueo del producto del delito; delitos de alta tecnología; racismo; sabotaje, propios de la actuación de una organización criminal¹⁵.

Y por otro lado, la implantación de un segundo criterio en el que se dispusiera que puedan ser investigados mediante la infiltración policial, aquellos delitos no previstos en la lista, castigados con pena superior a cinco años y siempre que no exista un medio de investigación eficaz y menos gravoso para la persona investigada y para el propio Estado.

Es preciso advertir que conforme a la regulación existente al día de hoy, no se podría investigar mediante la infiltración policial a una organización criminal cuya actuación se centrara en el tráfico de órganos, por ejemplo, aunque el entramado revistiera todas las características exigidas para la intervención de un agente encubierto y a pesar de que los modos tradicionales de investigación no resultara eficaces para su investigación.

Para finalizar, cabe plantearse una cuestión importante en relación con los delitos conexos. Serán delitos conexos aquellos que son cometidos simultáneamente por dos personas reunidas; o cuando dos o más personas cometen los delitos en distinto lugar y tiempo

¹⁵ Estos delitos que enumeramos tienen su origen en la lista establecida por la Ley 3/2003, de 14 de marzo mediante la que se incorpora en nuestro ordenamiento la Decisión marco de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros. Por otra parte señala, SANSÓ-RUBERT, «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno»... op. cit., pág. 45, que las actividades principales son aquellas que generan la provisión de bienes y servicios ilegales, ya sea la producción y tráfico de drogas, armas, menores, órganos, inmigrantes ilegales, materiales nucleares, el juego, la usura, la falsificación, la prostitución, la comercialización de bienes lícitos obtenidos subrepticiamente, especialmente los vehículos de lujo, animales, obras de arte, y la utilización de redes legales para actividades ilícitas como el lavado de capitales.

si hubiera precedido concierto para ello (conexión subjetiva). Los cometidos por medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución y los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos (conexión objetiva)¹⁶.

El efecto de esta conexión es, la acumulación de distintos procesos en un solo procedimiento, alterándose las reglas de competencia objetiva y territorial¹⁷, de modo que todos serán resueltos en una sola sentencia¹⁸.

En el caso en que el agente encubierto tenga conocimiento de la perpetración de un delito que pueda considerarse conexo, habrá que determinar hasta qué punto podrá ser investigado por él o en pieza separada pero dentro del mismo sumario en que se desarrolle la infiltración policial.

Razones de economía procesal y la propia seguridad del infiltrado, podrían aconsejar que cuando el delito conexo esté incluido en la lista del 282.bis 4 LECrim, la investigación sea llevada a cabo por el agente encubierto. No obstante, a pesar de que el delito esté incluido en la lista antes dicha, se exige también reiteración en la conducta, lo que nos hace reflexionar acerca de la investigación de los delitos conexos por el agente encubierto. Por ejemplo, si el agente encubierto está investigando una organización criminal dedicada al tráfico de drogas o armas, y para hacer una concreta transacción se roba un vehículo sería posible que este delito conexo fuera investigado por el agente encubierto. En nuestra opinión, en esta conducta delictiva no se da el carácter de la reiteración ni tampoco la forma organizada en la comisión, por lo que debemos entender que aunque el ilícito esté dentro de los enumerados el agente encubierto no podrá extender su ámbito de actuación a este hecho delictivo. Lo que no significa que el delito no sea investigado en el mismo sumario en el que se desarrolla

¹⁶ Vid. MORENO CATENA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA), *Derecho Procesal penal*... op. cit., pág. 229-230.

¹⁷ En este sentido, señala el artículo 18 de la LECrim que serán competentes para conocer de los delitos conexos: 1.- el del territorio en que se haya cometido el delito más grave; 2º.- si los delitos tienen asignada igual pena, el que primero comenzara la causa; 3.- el que la Audiencia o Tribunal designen en caso de haber comenzado al mismo tiempo o no tener constancia de quién comenzó antes.

¹⁸ Vid. MORENO CATENA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA), *Derecho Procesal penal*... op. cit., pág. 231.

la infiltración policial por agentes y actuaciones ajenas a la actuación del agente encubierto.

Diferente cuestión se suscita cuando los delitos se hubieran cometido en lugares y tiempos diferentes siempre que hubiera existido concierto entre ellas. Esta conexión es propia de las organizaciones estructuradas de manera horizontal, es decir, a través de células o comandos que situadas en diferentes zonas geográficas conciertan cometer determinados ilícitos penales. Trasladado al seno de la infiltración policial, esta circunstancia puede conllevar la extensión subjetiva de la autorización general y que estos delitos sean investigados por el agente encubierto en el seno de la operación encubierta. No obstante, por razones de seguridad del agente encubierto se puede convenir autorizar una nueva operación encubierta para la investigación de los hechos. Esta nueva infiltración, puede desarrollarse en el mismo proceso penal, en cuyo caso se nombra un nuevo agente encubierto para que sea infiltrado en la célula o comando concreto. O se puede se puede desplegar en un proceso penal diferente.

Con respecto a aquellos delitos conexos no incluidos en el catálogo dispuesto en el artículo 282.bis 4 LECrim, el agente encubierto no será competente para investigar las circunstancias concurrentes en estos delitos. En todo caso, el infiltrado deberá transmitir la *notitia criminis* para que se incoe una investigación a través de los medios ordinarios que prevé la ley.

Ahora bien, puede ocurrir que una vez puestas en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de un delito no incluido en el artículo 282.bis 4, el infiltrado, en el devenir de sus actuaciones, adquiera elementos probatorios sobre los mismos. Sobre este respecto existen dos tesis contrapuestas. La primera de ellas, que niega todo valor probatorio a estos elementos argumentando que si fuera así, la infiltración policial sería desproporcionada y que podría extenderse su utilización a delitos no enumerados en la ley¹⁹. La segunda de ellas, establece que las pruebas obtenidas por el agente encubierto sobre delitos conexos (incluso aquellos no incluidos en el catálogo legal) podrían fundar válidamente una sentencia de condena tras el correspondiente juicio oral²⁰.

¹⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 246-249.

²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 222.

En nuestra opinión, siempre que el agente encubierto se encuentre durante su investigación con un delito conexo, debe ponerlo en conocimiento del órgano judicial para que autorice su investigación. Aquellos no incluidos en el artículo 282.bis 4 LECrim, no podrán ser objeto de investigación encubierta pudiéndose adoptar otras diligencias para su investigación, incluso en el mismo sumario en el que se desarrolle la infiltración. Los delitos incluidos en el artículo 282.bis 4 LECrim, serán objeto si procede, de una extensión material de la autorización de la infiltración policial. Con respecto a los elementos probatorios obtenidos de manera fortuita por el agente encubierto, estimamos que podrán servir como pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia, con independencia de que los delitos estén incluidos en el catálogo previsto en la ley sin que se pueda considerar que la actuación del infiltrado ha sido desproporcionada ni arbitraria. Así, la información obtenida por el infiltrado, con respecto a los delitos conexos, deberán servir, en todo caso como líneas de investigación. En este sentido, debemos recordar que aunque el infiltrado actúe bajo una personalidad supuesta, sigue siendo funcionario policial y representante del poder público.

En definitiva, consideramos que la ley debería mejorar la determinación del ámbito objetivo de la intervención de un agente encubierto. En primer lugar, deberían de incluirse determinadas conductas criminales propias de la actuación de las organizaciones criminales. En segundo lugar, dado que la actuación de las organizaciones criminales varía con el tiempo, debería recogerse una cláusula en la ley en la que se determinará un marco penal donde se encuadraran todas las manifestaciones graves de delincuencia organizada al tiempo que se evitaría que la infiltración policial deviniera insuficiente frente a las nuevas realidades criminales que acontecieran. Y en tercer lugar, debería establecerse, al hilo de la regulación del agente encubierto, el tratamiento que debería dispensarse a los delitos conexos de los que el agente encubierto tiene conocimiento. En este sentido, debería disponer al menos los puntos claves acerca de su tratamiento y de como deberían ser investigados por el agente encubierto o mediante otras diligencias de investigación. Si debería abrirse un nuevo proceso para los delitos conexos o podrían conocerse en el mismo. Mientras tanto, tendremos que conformarnos con aplicar las normas establecidas en el artículo 18 LECrim y basar el conocimiento o no en aquellas pautas que garantice la seguridad del infiltrado.

III. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA INFILTRACIÓN

Cuando hacemos referencia a los presupuestos subjetivos nos referimos a lo sujetos que intervienen en la infiltración policial. Entre ellos, debemos distinguir la vertiente activa de la pasiva. De este modo, cuando aludimos a los presupuestos subjetivos «activos», nos referimos a la concreta persona que puede intervenir como agente encubierto o infiltrado, excluyendo a los particulares. Asimismo, pondremos de relieve la preparación y formación de vital importancia que debe demostrar el agente encubierto antes de infiltrarse en la organización criminal.

Por otro lado, la parte pasiva de los presupuestos subjetivos queda vinculada a la organización criminal objeto de investigación, de la que excluimos la mera asociación de personas para delinquir. Además, debemos diferenciar que la organización criminal supone el presupuesto para proceder a la investigación por agentes encubiertos, pero que lo que realmente se persigue, son integrantes de esa organización, es decir, personas individuales y concretas que de manera reiterada cometen determinados hechos calificados como delictivos.

1. Sujeto activo de la infiltración policial

La actuación de infiltrado deberá ser desarrollada en todo caso por un agente de policía, excluyendo de esta función a los particulares. Esta afirmación está clara en todas las legislaciones, donde se regula la figura del agente encubierto.

En el ordenamiento jurídico español sólo hace referencia a la condición de policía judicial. Por ello, pretendemos analizar y despejar las dudas acerca de quién puede actuar como infiltrado teniendo en cuenta en todo caso la remisión a la policía judicial.

Además, debemos atender a la dimensión internacional que está alcanzado el crimen organizado desde el punto de vista operativo. Es decir, haremos referencia a los principales organismos a nivel europeo e internacional que se han puesto en marcha para hacer frente al crimen organizado y su posible actuación como agentes encubiertos. En este sentido, consideramos conveniente facilitar e impulsar la cooperación y colaboración entre agentes de seguridad de diferen-

tes cuerpos y de los diferentes Estados que se ven amenazados por esta peculiar y grave forma de delincuencia.

En el Estado de Derecho, la seguridad ciudadana queda asignada en exclusiva a los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sin distinción en cuanto al ámbito territorial en que ejercen sus competencias (así se proclamada en el artículo 104 la Constitución Española). Esto supone una garantía que exige la prevención de conductas delictivas, evitando así la realización de actividades que atenten contra la seguridad nacional, así como la represión de aquellas que han llegado a su culminación²¹.

Debemos poner de relieve nuestra creencia de que el sujeto activo de la infiltración policial, es decir, el agente encubierto, sólo podrá ser desempeñado por un agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado²², entre otros motivos por el peligro que entraña para la persona del infiltrado la operación misma²³. Cuanto más, si tenemos en cuenta la preparación y formación en la persona del infiltrado que adoptará un rol, bajo una identidad supuesta, y esta misma puede conllevar la realización de tareas que delaten su condición de infiltrado²⁴. Es por ello que consideramos que un agente de policía estará más cualificado para la realización de las tareas de infiltrado. Sin embargo, pusimos de relieve las infiltraciones *semipúblicas* o *infiltraciones sobrevenidas* llevadas a cabo por el arrepentido o confidente. En estos casos, la situación de peligro se atenúa pues éstos

²¹ DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, «La Policía judicial y la seguridad ciudadana», en Revista del Poder Judicial, número 31, septiembre, 1993.

²² Manifiesta MARTÍNEZ PÉREZ, que se debe exigir que el agente encubierto sea un miembro del servicio policial puesto que ello implica que su actuación necesariamente se ve revestida de las facilidades que esta condición les permite, así como los límites que los principios y deberes de actuación que las mismas lleva implícitas, en *Policía judicial y constitución...* op. cit., pág. 399.

²³ La necesidad de que el agente encubierto sea miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado ha sido puesto de relieve por todas las legislaciones que regulan de manera específica la infiltración policial.

²⁴ En este sentido, hay que estimar que cuando un agente entra en el entramado organizativo son muchas las posibilidades de que tenga que cometer delitos, de que tenga que consumir drogas... lo que supone un riesgo inmenso para un particular no preparado.

continúan en la organización a la que podían pertenecer, ocultando su verdadera condición²⁵.

En este sentido, debemos afirmar que la dificultad que entraña la lucha contra la delincuencia organizada es motivo suficiente para exigir que la función de agente encubierto sea desempeñada por un agente de policía que cuente con la oportuna especialización.

A) *Los agentes de policía como únicos sujetos activos de la infiltración policial*

El tenor literal de todas las legislaciones que regulan la infiltración policial entre el elenco de medidas de investigación criminal, tienden a asignar la función de agente infiltrado a sus agentes policiales.

En este sentido la legislación francesa, germana, belga y española, tienen encomendado, en exclusiva, las funciones de agente encubierto a los funcionarios de policía. En concreto, la legislación francesa, establece en el artículo 706-81 del Código Procesal Penal que: «*La infiltración consiste, por parte de un oficial o un agente de policía judicial especialmente habilitado en las condiciones fijadas por decreto y actuando bajo la responsabilidad de un oficial de policía judicial encargado de coordinar la operación /.../*».

En cuanto a la legislación alemana, el § 110a 2 de la StPO señala que: «*los investigadores de incógnito son funcionarios al servicio de policía /.../*».

En Bélgica, la infiltración policial o métodos de investigación particulares se regulan en el artículo 47 ter§ 1er del Código de Instrucción Criminal, el cual dispone que: «*Los métodos particulares de investigación /.../ se aplican en el marco de una instrucción, por los servicios de policía designados por el Ministro de Justicia /.../*».

Por último, el ordenamiento español determina en el artículo 282.bis de la Ley de enjuiciamiento Criminal: «*A los fines previstos en el artículo anterior, cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada /.../ podrán autorizar a funcionarios de policía judicial /.../*».

²⁵ Vid. Capítulo I.

A.1. La policía judicial: la función genérica y específica

Centrándonos en el ordenamiento español, señala nuestra Constitución en el artículo 126, a propósito de la policía judicial, que ésta dependerá de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente en los términos que la ley establezca²⁶. En similar sentido se pronuncia el legislador de la LOPJ al disponer en el artículo 547 que:

«*La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias*».

No obstante, la remisión que el artículo 282 bis LECrim hace a la policía judicial, al encomendarle la función de agente encubierto, hace plantearnos una cuestión importante. Teniendo en cuenta el carácter literal de la ley (en concreto el artículo 283 LECrim), policía judicial es todo funcionario (o quien sin serlo) desempeña alguna función que directa o indirectamente guardara relación con la seguridad de las personas o los bienes²⁷.

Por ello, no podemos olvidar el carácter genérico y específico de la consideración de policía judicial. De este modo, con carácter genérico, todos los integrantes de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad

²⁶ DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, «La policía judicial y la seguridad ciudadana»... op. cit. El artículo 126 CE tiene que ponerse en relación con el artículo 104 del mismo texto legal en el que se señala que las FFCCSS tienen encomendado el mantenimiento de la seguridad ciudadana, que se traduce normalmente en una actividad de policía criminal, preventiva y reactiva. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *El modelo constitucional de investigación*... op. cit., pág. 334-335.

²⁷ MORENO CATENA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 184. El Prof. MORENO CATENA, entiende que este precepto debe considerarse derogado. En este sentido, el Acuerdo de TS establece que el artículo 283 no está derogado pero si es necesario actualizar su interpretación (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 14 de noviembre de 2003).

del Estado podrán desempeñar funciones de policía judicial²⁸. Con carácter específico, sólo tendrán encomendada dichas funciones: el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y a los cuerpos de policía autonómica que tengan transferidas competencias de policía judicial²⁹.

Otro punto de tensión que rodea la policía judicial es su doble dependencia. Es decir, desde el punto de vista orgánico pertenecen al Ministerio del Interior, mientras que desde el punto de vista funcional pertenecen en exclusiva a los jueces, tribunales o fiscales ante los que responderán en el desarrollo de sus tareas. En realidad, una verdadera policía judicial, será aquella que dependa exclusivamente del poder judicial pues está será la única forma de quedar libre de intromisiones por parte de los otros poderes del Estado³⁰. En este sentido señala FERRAJOLI, que *policía judicial encargada de la investigación de los delitos y de la ejecución de las decisiones judiciales, deberá estar rigidamente separada de los demás cuerpos de policía y dotadas de las mismas garantías de independencia frente al ejecutivo que el poder judicial, del que debería depender en exclusiva*³¹.

De este modo, la policía judicial considerada en sentido amplio o genérico, comprende el auxilio que, en general, se debe prestar por los miembros de cualesquiera fuerzas y cuerpos de seguridad a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en las tareas de averiguación de los delitos y de descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, mientras que la policía judicial en sentido estricto tendrán encomendada dicha función de manera especial³².

²⁸ Esta es la consecuencia que el legislador no se muestre uniforme a la hora de determinar qué miembros integran la policía judicial. Además como la función de policía judicial es una función genérica, se hace recaer sobre una diversidad de órganos y autoridades. MARTÍNEZ PÉREZ, *Policía judicial y Constitución...* op. cit., pág. 318.

²⁹ *Ibidem*. pág. 319 señala que al margen del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil no se considera que puedan existir policía judicial ya que en caso contrario supondría acaparar a toda la plantilla policial a las exigencias y requerimiento de la investigación judicial.

³⁰ GONZÁLEZ MONTES, *Instituciones de derecho procesal*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 321.

³¹ FERRAJOLI, En *Derecho y razón...* op. cit., pág. 768.

³² JIMÉNEZ VILLAREJO, «La policía judicial una necesidad, no; un problema», en *Revista del Poder Judicial*. número especial II, 1998. Señala que la policía judicial es una consecuencia ineludible del Estado de Derecho

Conforman la policía judicial en sentido estricto³³, el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil³⁴. Dentro de las cuales se crean las Unidades Orgánicas y las Unidades adscritas organizadas por el Ministerio del Interior. Las Unidades orgánicas³⁵, se establecen sobre la base de la especialización en las técnicas de investigación delictual con carácter permanente, especial y excluyente de conformidad con lo establecido en el artículo 549 de la LOPJ³⁶. En

y de su perfeccionamiento, es decir, es una necesidad política. MORENO CATENA, «Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial», en *Revista del Poder Judicial*, Número especial VIII: Seguridad ciudadana, 1989. Señala el autor que le corresponde a todos los miembros de las FCSE como funciones propias, el mantenimiento de la seguridad para garantizar el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos y asegurar el normal funcionamiento de las instituciones, así como la prevención de delitos y la investigación de los mismos para lograr su represión.

³³ No podemos olvidarnos de los miembros de la policía autonómica de País Vasco y Cataluña también se encuentran incardinados en la policía judicial en sentido estricto en conformidad con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

³⁴ De este modo se les atribuye a ambos Cuerpos Estatales el carácter de Policía Judicial en sentido estricto, con un despliegue territorial teórico, según el cual a la Guardia Civil le corresponde desempeñar su actividad operativa en las zonas rurales, mientras al Cuerpo Nacional de Policía en las capitales de provincia y en las grandes ciudades. GARCÍA LOSADA, «Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. casuística policial», en *Delincuencia organizada: experiencia en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia en el tráfico de estupefacientes*, Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pág. 1493. La Policía judicial, se define como *una función específica dentro las funciones de la Policía general, basada en los criterios de la Policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, la persecución y aseguramiento de los delincuentes, poniendo a disposición de la autoridad judicial y eventualmente, del Ministerio Fiscal, los resultados de su averiguación*. QUERALT, *Introducción a la policía judicial*, JM Bosch, Barcelona, 1999, 3º ed., pág. 13.

³⁵ Estas Unidades tienen atribuida todas las actuaciones referentes a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente y tendrán el carácter de comisionados de los jueces, tribunales o fiscales competentes y, en tal concepto, podrán requerir el auxilio necesario de las autoridades y, en su caso, de los particulares. (art. 10 y 13 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre la regulación de la Policía Judicial).

³⁶ MORENO CATENA (junto CORTES DOMÍNGUEZ), *Introducción al derecho...* op. cit., pág. 184.

cuanto a las Unidades adscritas³⁷, su creación está condicionada por el ritmo de trabajo³⁸ a los jueces y tribunales donde se deban asignar con carácter permanente³⁹.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe preguntarse quién podrá actuar como agente encubierto, pues ya sea de manera genérica o específica, todos los funcionarios de policía tienen la obligación de auxiliar a los jueces y tribunales y a los fiscales en la investigación del delito.

Partiendo de las características básicas de la delincuencia organizada, como una delincuencia cada vez más preparada, la respuesta policial, es indudable, que deberá hacerse a través de unas unidades policiales altamente especializadas, dotadas de los recursos humanos y materiales, y con una formación actualizada sobre métodos y «*modus operandi*» que vayan surgiendo⁴⁰.

La necesaria especialización de los agentes de policía para poder hacer frente a la delincuencia organizada, se materializa en nuestro ordenamiento mediante la creación de Unidades especiali-

³⁷ Las unidades adscritas prestarán asistencia directa desempeñando cometidos de investigación criminal especializada propia de la policía científica. Además, en el cometido de esa función se les podrá encomendar la práctica de las siguientes diligencias: Inspecciones oculares, aportación de primeros datos, averiguación de domicilios y paraderos y emisión de informes de solvencia o de conducta, emisión, incluso verbal, de informes periciales provisionales, pero de urgente necesidad para adoptar decisiones judiciales que no admiten dilación, intervención técnica en levantamiento de cadáveres, recogida de pruebas, actuaciones de inmediata intervención, cualesquiera otras de similar naturaleza a las anteriores, ejecución de órdenes inmediatas de Presidentes, Jueces y Fiscales (art. 28 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre la regulación de la Policía Judicial).

³⁸ Establece PARRADO MORENO que del artículo 126 CE puede deducirse que la Policía judicial española tiene que reunir dos características; por una parte, la dependencia directa de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal y, por otra, la especialización en materia criminal dado que la Constitución establece como función propia de esta institución la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. En, *La policía en el Estado de Autonomía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2001, pág. 119.

³⁹ Artículo 23 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre la regulación de la policía judicial.

⁴⁰ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Policía y criminalidad organizada», en LINDE PANIAGUA, *La coordinación de las policías*, Colex, Madrid, 2003, pág. 33.

zadas⁴¹ en el seno de la Comisaría General de Policía judicial⁴² entre las que se encuentra el Grupo de Delitos Telemáticos —situado en el organigrama de la Guardia Civil— las Unidades de Drogas y Crimen organizado (UDyCO), las unidades de Delincuencia Especializada y Violenta (UDEV), las Brigadas Operativas Multifuncionales (BOM), los Módulos Operativos de Especialidad (MOE) y la Brigada de Información Tecnológica (BIT) a las que dedicaremos los epígrafes siguientes.

No obstante, consideramos que la intervención del agente encubierto no se puede limitar al alto grado de especialización de los concretos agentes policiales, además, se requieren otra serie de características que aseguren el éxito de la investigación. Así, en nuestra opinión, el carácter de policía judicial al que se refiere el artículo 282.bis debe ser considerado en el sentido amplio.

En lo que respecta a los diferentes ordenamientos europeos, también se reconoce un cuerpo de policía judicial que asistirá directamente a los órganos encargados de la justicia penal. De este modo, encontramos por ejemplo, en el ordenamiento italiano donde el cuerpo de policía judicial que viene obligado a dar cumplimiento a las órdenes que le dirija el ministerio público. Francia, comparte esta estructura y tiene un Cuerpo de Policía Nacional de la que depende la Dirección Central de Policía Judicial. Actuará bajo la dirección del Fiscal o del juez de instrucción. En Portugal, se crea el cuerpo de Policía Judicial en 1945 y regulada hoy por la Ley Orgánica 275-A/2000, de 9 de noviembre. Las autoridades judiciales de este Estado tienen atribuida la dirección de la investigación criminal, estando asistidas por los órganos de policía judicial. En Alemania, la policía judicial tiene encomendada la coordinación de la lucha contra el crimen. Se distingue entre policía urbana a la que le competen delitos menos graves y la policía judicial a la que se le atribuye la investigación de los delitos de mayor gravedad o delincuentes peligrosos. En sus tareas de investigación, la policía judicial alemana asiste al Ministerio Fiscal encargado de la dirección del procedimiento.

⁴¹ Al respecto señala MORENO CATENA, *el desarrollo de los medios tecnológicos y el nacimiento de nuevas formas y procedimientos delictivos, para el desempeño de los cometidos específicos de policía judicial parece de todo punto preciso contar con personal que haya recibido la adecuada formación especializada en investigación criminal*. En «Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial»... op. cit.

⁴² Vid. <http://www.policia.es/cgpi/cgpi.htm>.

A.2. La policía judicial específica

Ya hemos advertido que la policía judicial en sentido estricto está compuesta por los integrantes del Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia civil y los cuerpos de policía autonómica que tengan transferidas atribuciones de policía judicial.

El Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil a su vez forman la Comisaría General de Policía Judicial donde se ubican una serie de unidades especializadas en la lucha contra el crimen organizado.

De este modo, comenzaremos por estudiar las funciones de policía judicial que pueden tener las distintas policías autonómicas, centrándolas en los Mossos d'esquadra y la Ertzaintza. Tras ello, analizaremos los cometidos de las unidades especializadas de policía judicial para poder determinar su posible intervención en una infiltración policial.

a.2.1. Policía Autonómica

El artículo 547 LOPJ establece que la función de policía judicial compete a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Por tanto, los agentes de policía de las Comunidades Autónomas podrán realizar tareas de policía judicial, en todo caso como meros colaboradores con las unidades que existen en el seno de los cuerpos estatales. Así, en estos casos podrán ser requeridos para actuar como agentes encubiertos. De esta forma, se puede afirmar que en el seno de las Policías Autonómicas, no es posible constituir unidades de policía judicial, conforme al artículo 38 LOFCS⁴³.

La actuación de las policías autonómicas es en todo posible excepto en el reducido ámbito territorial en el que pueden desarrollar sus funciones. No obstante, este problema halla solución en la LOFCS, al

⁴³ PARRADO MORENO, *La policía en el Estado autonómico...* op. cit., pág. 122.

establecer dispensa de las autoridades estatales para actuar en un ámbito superior al de su Comunidad Autónoma⁴⁴.

La creación del cuerpo de Policía de las Comunidades Autónomas es competencia de las mismas⁴⁵. Aunque son algunas las que han llevado a cabo la previsión en sus Estatutos de este Cuerpo de Seguridad⁴⁶, sólo los de Cataluña y País Vasco, han transferido las competencias en materia de policía judicial.

En cuanto a la policía autónoma de Cataluña, los Mossos d'Esquadra, tanto el reconocimiento constitucional como la previsión realizada en el correspondiente Estatuto de Autonomía, permite conferir el carácter de policía judicial a sus miembros sin limitaciones dentro de su ámbito objetivo y territorial⁴⁷.

⁴⁴ En concreto el artículo 42.1 LOFCS: «los cuerpos de policía de las comunidades autónomas sólo podrán actuar en el ámbito territorial de la comunidad autónoma respectiva, salvo en situaciones de emergencia, previo requerimiento de las autoridades estatales». Además Acuerdo adoptado por la Junta de Seguridad del País Vasco el 13 de marzo de 1989, sobre delimitación de los servicios entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Autónoma Vasca en la Comunidad Autónoma del País Vasco en que se refleja el ámbito de actuación de la Policía Autónoma Vasca: «Corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las actuaciones de investigación Criminal y Policía judicial relativas a los servicios de tal naturaleza atribuidos a aquéllas por el artículo 17 del Estatuto de Autonomía, así como las relativas a los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones. Corresponde a la Policía Autónoma Vasca, como Policía ordinaria e integral, el resto de los servicios policiales en materia de investigación criminal y funciones de Policía judicial».

⁴⁵ BARCELONA LLOP, *Régimen de la policía local en el derecho estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 10.

⁴⁶ Así se prevé la creación del Cuerpo de Policías autonómicas en el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; en el artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Galicia; el artículo 36 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; el artículo 34.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias; el artículo 17 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y el artículo 13 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁴⁷ MARTÍNEZ PÉREZ, *Policía judicial y...* op. cit., pág. 263. además, el artículo 164 del Estatuto Autonómico de Cataluña: «La Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra tiene como ámbito de actuación el conjunto del territorio de Cataluña y ejerce todas las funciones propias de un cuerpo de policía, en los siguientes ámbitos: /.../ La policía judicial y la investigación criminal,

Con respecto a la Ertzaintza desempeñará la función general y ordinaria de policía judicial en el País Vasco⁴⁸. El problema que asola a todo el Estado español y fundamentalmente al País Vasco, determinan que este cuerpo de policía esté altamente especializado para llevar a cabo la investigación como la organización terrorista ETA.

De este modo, las funciones de policía judicial específicas que tienen atribuidas los cuerpos de policía autonómica, hacen posible, que sus miembros puedan intervenir como agentes encubiertos en las investigaciones desarrolladas contra la delincuencia organizada.

A.2.2. Unidades especializadas de la policía judicial específica

1. Unidad de Droga y Crimen Organizado (UDyCO)

Las Unidades de Droga y Crimen organizado fueron creadas en virtud del Real Decreto 79/1997, de 24 de enero⁴⁹, en el que se aprobaba un Plan de Medidas dirigidas a proporcionar soluciones a los diferentes problemas que se planteaban en nuestro país en relación con la droga.

Estas unidades asumen la investigación y persecución de las actividades delictivas, de ámbito nacional o transnacional, relacionados con el tráfico de drogas y el crimen organizado. De las UDYCO dependerán la Brigada Central de Estupefacientes y Brigada Central de Crimen organizado, la cual asume la investigación de las actividades vinculadas con la delincuencia organizada.

El ámbito competencial que tienen encomendada estas unidades, se extiende no sólo al tráfico ilegal de drogas sino que también persiguen otras conductas criminales como el blanqueo de dinero; los delitos económicos-financieros; tráfico ilícito de seres humanos; tráfico ilícitos de bienes culturales; tráfico ilícito de vehículo; tráfico ilícito de armas y explosivos; tráfico ilícito de material nuclear; falsifica-

incluidas las diversas formas de crimen organizado y terrorismo, en los términos establecidos por las leyes».

⁴⁸ Así lo dispone el artículo 17 del Estatuto de Autonomía del País Vasco: «La Policía Judicial y Cuerpos que actúen en estas funciones se organizarán al servicio y bajo la vigilancia de la Administración de Justicia en los términos que dispongan las Leyes procesales».

⁴⁹ Publicado en BOE de 12 de febrero de 1997 (núm. 37).

ción de moneda; y otros delitos graves, siempre que se desarrollen en el ámbito característico de la criminalidad organizada.

De las atribuciones que los integrantes de estas unidades tienen encomendadas, se deduce la especialización y alta cualificación con las que sus miembros deben contar. Y que dada a esta profesionalización tienen las condiciones suficientes para hacer frente a la delincuencia organizada de manera exitosa.

Es decir, los agentes de las UDYCO tienen conocimiento de primera mano de las características básicas de las organizaciones criminales, de sus modus operandi, de la forma de actuar con los nuevos miembros que se integran en la organización, las relaciones con otros entramados criminales. Este conocimiento le otorga, además, una importante visión sobre la viabilidad o no de la utilización de la infiltración policial para la investigación de la concreta organización criminal.

Dentro de la Comisaría General de la Policía judicial, podemos afirmar que los integrantes de esta unidad y en concreto de la Brigada Central de crimen organizado, serán los funcionarios de policía más idóneos para desempeñar el papel activo de la infiltración policial, tanto por el ámbito competencial que le corresponden a los integrantes de estas unidades, como el conocimiento y especialización propia sobre la criminalidad organizada con la que cuentan.

2. Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta (UDEV)

Las Unidades de Delincuencia Especializadas, centrarán su actividad investigadora en la delincuencia especializada contra el patrimonio, los delitos graves contra las personas y los delitos contra la libertad sexual.

En lo que respecta a su disposición o viabilidad para actuar como sujeto activo de la infiltración policial, dado su especialidad, sólo será posible en las investigaciones de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de patrimonio histórico-artístico. En este sentido, estos agentes pueden proporcionar conocimientos importantes para detectar las actividades criminales relacionadas con estos bienes culturales. Y por ello aquellas operaciones encubiertas que se decreten para la investigación de delitos contra el patrimonio histórico, es recomendable que los expertos de estas unidades sean los encargados de actuar como agentes encubiertos.

3. Brigada de Información Tecnológica (BIT)

La Brigada de Información Tecnológica, ubicada en la Comisaría General de la Policía Judicial, se configura como una unidad especializada destinada a responder a las nuevas modalidades de criminalidad, para garantizar la seguridad a través de la Red⁵⁰.

Sus actuaciones van encaminadas a perseguir los delitos de pornografía infantil a través de la red⁵¹, y actuaciones que afecten a la propiedad intelectual e industrial (persiguiendo, principalmente, los fraudes en el uso de las comunicaciones; fraudes en Internet y piratería de programas de ordenador, de música y productos cinematográficos). Igualmente, tienen las funciones de coordinar las operaciones que involucren a diversas Jefaturas Superiores; la formación del personal del Cuerpo Nacional de Policía y otros cuerpos de Policía extranjeros; la representación internacional y la ejecución y/o coordinación de las investigaciones que tengan su origen en otros países.

El uso de estos agentes en la infiltración policial, será necesario en tanto en cuanto se precisen conocimientos informáticos. En este sentido, los agentes destinados a las BIT serán los más idóneos para desarrollar las operaciones en las que se requiera una profesionalización del agente encubierto en este sentido. Por ejemplo, cuando tenga que adoptar el rol de técnico informático. También sería un claro ejemplo de su idoneidad en las investigaciones encubiertas cuando la investigación se haga a través de la Red (por ejemplo la investigación de delitos de estafas del 248 CP previstos como ámbito objetivo de la intervención de un agente encubierto).

A.3. La policía judicial genérica

Según la CE y la LOFCS todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tienen atribuida, de manera genérica, las funciones de policía judicial, auxiliando así, a los jueces, tribunales y fiscales. La forman la policía local y el servicio de vigilancia aduanera.

⁵⁰ Información obtenida a través de <http://www.mir.es>.

⁵¹ Al respecto *Vid.* Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa firmado el 23 de noviembre de 2001 y que los enmarca en los delitos relacionados con el contenido https://www.gdt.guardiacivil.es/media/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf

En este punto creemos necesario hacer una mención a los miembros integrados en los Grupos de Respuesta Especial contra el Crimen organizado (GRECO) del Cuerpo Nacional de Policía y los Equipos contra el crimen organizado (ECO) de la Guardia Civil⁵². Los miembros de estos grupos especiales, no se consideran policía judicial en sentido estricto. No obstante, si cuentan con la oportuna especialización en la lucha contra las mafias, el crimen organizado y el tráfico de drogas. Es por ello, por lo que llegaremos a la conclusión de que para la intervención de un agente encubierto no se requiere tanto pertenecer a la policía judicial en sentido estricto como la especialización con la que deben contar para hacer frente al fenómeno de la criminalidad organizada.

A.3.1. Policía Local

Los miembros de la Policía Local en ningún caso pueden ser considerados como posibles sujetos activos de las operaciones encubiertas. Es cierto que la LOFCS establece que las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad Pública. Sin embargo, con respecto a las funciones de policía judicial las autoridades de las Corporaciones Locales solo tendrán encomendadas la tarea de colaborador, y ello, pese a que el artículo 29 LOFCS señala que todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercerán las funciones de policía Judicial⁵³. Pero el ejercer funciones de policía judicial no les atribuye esa condición.

Así, en las investigaciones criminales los miembros de la Policía local ejercitarán algunas funciones a prevención pero en ningún caso por iniciativa propia. Un segundo motivo por el que se le debe negar la posibilidad de actuar como agente infiltrado, es el ámbito terri-

⁵² Estos grupos han sido dotados de avanzados medios materiales, destacando los vehículos de gran cilindrada, material informático de última generación, equipos digitalizados de comunicación, equipos de seguimiento y vigilancia de alta tecnología y sistemas especiales tecno-policiales independientes. *Vid.* <http://www.mir.es> En la actualidad, hay tres grupos en España, uno en la Costa del Sol, otro en Levante y uno de reciente creación en Pontevedra.

⁵³ Sin embargo, el artículo 53 LOFCS señala que los miembros de la Policía Local tendrá encomendada la función de Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad. En todo caso, cuando desarrollen esta función deben comunicarlo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes.

torial de competencia de los mismos, el municipio⁵⁴. A ello, hay que sumarle, la mínima especialización en la lucha contra la delincuencia organizada. Es precisamente el elemento funcional el que diferencia a los cuerpos de policía local con las restantes fuerzas de seguridad⁵⁵.

Teniendo en cuenta que los miembros de la policía local tienen encomendada la colaboración con los restantes miembros de las fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado en funciones de policía judicial, nada impide para que pueda solicitarse la colaboración y cooperación en las operaciones que la policía autonómica o incluso la nacional o guardia civil, realicen contra la criminalidad organizada.

A.3.2. El Servicio de Vigilancia Aduanera

El Servicio de Vigilancia Aduanera, no forma parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya que no se encuentra en la enumeración establecida en la LOFCS. Sin embargo, podrá ejercer como policía judicial, como un servicio especializado en la averiguación y represión del delito de contrabando⁵⁶.

La consideración de policía judicial le viene atribuida, además de por el artículo 283. 1 LECrim⁵⁷, por las funciones que tiene encomendadas como son la investigación y la persecución y represión

⁵⁴ Como regla general la Policía Local solo puede actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, y excepcionalmente, en situaciones de emergencia pueden actuar en un ámbito territorial distinto. GOMARA HERNÁNDEZ; AGORRETA RUIZ, *Prontuario de seguridad pública e intervención policial*. Distribuciones y asesoramiento de Publicaciones profesionales, Pamplona, 2003, pág. 137.

⁵⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, *Policía Judicial y...* op. cit., pág. 147.

⁵⁶ GOMARA HERNÁNDEZ; AGORRETA RUIZ, *Prontuario de seguridad pública...* op. cit., pág. 175.

⁵⁷ Cuando el artículo 283.1 LECrim establece que constituyen policía judicial las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales, se refiere, entre otras, al Servicio de Vigilancia Aduanera. En este sentido el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 14 de noviembre de 2003 donde se señala que: «El servicio de vigilancia aduanera no constituye Policía Judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del artículo 283.2 LECrim que sigue vigente conforme establece la Disposición Adicional Primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre represión del contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tienen encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe

de los delitos de contrabando, asumiendo funciones bajo supervisión judicial, y a su requerimiento⁵⁸.

De este modo, la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando, atribuye al servicio de vigilancia aduanera la condición de policía judicial en materia de contrabando. De igual forma, el Real Decreto 319/1982, de 12 de febrero, atribuye al Servicio de vigilancia aduanera, la competencia sobre el descubrimiento, persecución y represión en todo el territorio nacional, aguas jurisdiccionales y espacio aéreo español de los actos e infracciones de contrabando.

Por otro lado, cabe entender por delito de contrabando, la importación o exportación de efectos o bienes conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando. Entre las conductas tipificadas se encuentra la importación o exportación de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización.

En este sentido, y en el ámbito de la Unión Europea, se previó en el Convenio Nápoles II, sobre asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras⁵⁹, la actuación de los agentes del servicio de vigilancia aduanera como agentes encubiertos⁶⁰.

ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del ministerio fiscal».

⁵⁸ MARTÍNEZ PÉREZ, *Policía judicial y...* op. cit., pág. 301.

⁵⁹ Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras [DOCE C 024, de 23 de enero de 1998]. El cual en el artículo 23 establece que: «A petición de la autoridad competente, la autoridad requerida podrá autorizar que operen en el territorio del Estado miembro requerido funcionarios de la administración aduanera del Estado miembro requerente o funcionarios que actúen por cuenta de dicha administración, con identidad supuesta (investigadores infiltrados). La autoridad competente sólo presentará la solicitud en el caso de que fuera extremadamente difícil aclarar los hechos sin proceder a las medidas de investigación consideradas. Los funcionarios mencionados estarán autorizados, en el marco de su misión, a recoger información y establecer contactos con sospechosos u otras personas del entorno de los sospechosos».

⁶⁰ Vid. MORENO CATENA Y CASTILLEJO MANZANARES, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen, Tirant lo Blanch*, Valencia, 1999, pág. 63 y ss.

Así se refleja en el apartado tres del artículo 23 del Convenio de Nápoles II, los requisitos que deben observarse para llevar a cabo las operaciones encubiertas, serán los que disponga el derecho nacional del Estado requerido.

Por tanto, podemos observar que sí es posible, en virtud de este convenio, las investigaciones encubiertas por parte de los agentes de vigilancia aduanera en casos de tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, armas, municiones, explosivos, bienes culturales, residuos peligrosos y tóxicos, materiales nucleares o materiales y equipos destinados a la producción de armas nucleares, biológicas y químicas; tráfico de sustancias precursoras; cualquier otro comercio de mercancías sometidas a prohibición por las normativas aduaneras comunitaria o nacionales.

En este sentido, cabe también la posibilidad de colaboración con los cuerpos integrantes en la Policía Judicial⁶¹.

A.4. ¿Quién puede actuar como agente encubierto?

El propósito inicial de este epígrafe, era determinar quién puede actuar como agente encubierto. Y en este sentido, creemos haber determinado con claridad que la persona que actúe como agente encubierto tiene que pertenecer a las FCSE, excluyendo toda posibilidad de que esta operación pueda ser desarrollada por un particular.

Además, debe ostentar una especialización adecuada⁶², si bien es cierto que la Ley específica que el agente encubierto tiene que ser un

⁶¹ A estos efectos cabe destacar la Sentencia de 12 de junio de 2002 (Tol 203070) que admite la legalidad de que un agente encubierto se haga pasar por un Guardia Civil establecido en el Servicio de Vigilancia Aduanera para captar una maleta de droga procedente de fuera del país. Igualmente podemos citar importantes colaboraciones que existen para el desmantelamiento de redes internacionales dedicadas al contrabando. Vid. <http://www.mir.es>.

⁶² En nuestra opinión los agentes que actúan como infiltrados deben tener la especialización y formación adecuada que va más allá, incluso, de la simple formación como policía judicial. El agente encubierto debe aprender técnicas de supervivencia en el entramado organizativo puesto que en algunas ocasiones verá como tiene que dejar pasar ciertas actuaciones ilícitas en aras a la finalidad de la investigación. Por tanto, creemos que el agente encubierto debe pertenecer a una Unidad orgánica en tanto en cuanto su cometido va más allá de la policía científica. En este sentido, establece JAÉN

miembro de la policía judicial⁶³, nada dice al respecto de la unidad a la que debe pertenecer o si debe estar incluido en la policía judicial en sentido genérico o en sentido específico⁶⁴ y sobre esta cuestión es preciso analizar una cuestión básica.

No parece conveniente rechazar la idea de que cualquier miembro de las FFCCSS pueda actuar como agente encubierto⁶⁵. Es decir, los agentes de la Policía Nacional y la Guardia Civil (aquellos integrados en las unidades orgánicas de policía judicial) en sus funciones de policía judicial específica, cuentan con una especialización en técnicas delictuales, pero, ¿esta especialización es realmente lo que se necesita para poder desarrollar una infiltración policial? Desde el punto de vista material, es decir, en referencia a la finalidad de la investigación, consideramos que no.

En este sentido, puede suceder que un miembro de las FFCCSS perteneciente a la policía local, a la autonómica que no tienen transferidas las competencias en su correspondiente Estatuto de Autonomía, responda mejor a los parámetros o expectativas exigidas por la propia naturaleza de la organización criminal en la que

VALLEJO, «Introducción al Derecho Penal económico»... op. cit., pág. 529, que, a propósito de la investigación de la delincuencia económica, una de las manifestaciones de la criminalidad organizada, requiere a los agentes que vayan a actuar unos conocimientos que exceden de la formación tradicional de la policía judicial, concluyendo que es necesario, pues, una especialización.

⁶³ Un ejemplo de esta situación lo tenemos aún vigente en la redacción originaria y actual del artículo 283 LECrim que otorga el carácter de policía judicial a los Alcaldes.

⁶⁴ A este respecto, se pronuncia GÓMEZ DE LIAÑO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 178, al establecer que no podrán intervenir en una operación de infiltración aquellos que siendo funcionarios policiales no constituyan policía judicial en sentido estricto.

⁶⁵ En sentido contrario, DELGADO MARTÍN que sólo podrán actuar como agentes encubiertos los miembros de la policía judicial, siendo éstos los miembros del Cuerpo de Policía Nacional, los integrantes de la guardia civil, los de los Cuerpos de Policía autonómica en aquellos casos en que tengan transferidas las competencias en materia de policía judicial y los servicios de vigilancia aduanera, estos últimos únicamente en materia de contrabando. En, *La criminalidad organizada. Comentario a la Ley 5/1999, de 13 de enero*,... op. cit., pág. 66-67. Establece el autor no podrán tener la condición de agentes encubiertos los miembros de la policía local y los miembros de los servicios de inteligencia.

se pretende la infiltración policial. Nos referimos por ejemplo a las cualidades físicas, el conocimiento de la «jerga delictual», el conocimiento de algún idioma específico, condiciones a las que puede responder un miembro de las FICCSS que no tiene por qué pertenecer a la policía judicial específica.

La implicación de todos las FFCCSS en la investigación de la criminalidad organizada, participando de manera activa como agente encubierto, sólo contribuirá a la consecución del éxito de la operación desplegada. De igual forma, dado el carácter transnacional de las organizaciones criminales, cuando sea necesario se requerirá la colaboración de otros Cuerpos de seguridad extranjeros para conseguir la eficacia de la operación⁶⁶.

En conclusión, puesto que nada impide que como agentes encubiertos puedan actuar todos los miembros de las FFCCSS, creemos conveniente que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, es decir, a las características concretas de la organización criminal donde se pretenda la infiltración, para determinar el miembro de las FFCCSS que debe infiltrarse siempre que éste preste su consentimiento.

Consideramos, que circunscribirlo a una unidad concreta puede ser lo correcto desde el punto de vista formal, pero materialmente, en lo que respecta al fin de la infiltración, requerirá en algunas ocasiones hacer uso de otros profesionales que, aunque no especializados en la investigación delictual, si lo estarán en técnicas no policiales⁶⁷. Esta situación, sólo reportará en beneficios para la finalidad de la investigación generando igualmente seguridad en la protección del infiltrado.

De este modo, pensamos que para ser agente encubierto el único requisito imprescindible es ser funcionario de policía, debidamente preparado, tanto física como psicológicamente y responder a las

⁶⁶ En este sentido, en el ámbito de la Unión Europea nos encontramos con los Equipos Conjuntos de Investigación y el Convenio de Asistencia judicial en materia Penal que regula las relaciones existentes entre diferentes Estados que pretenden una infiltración conjunta. Igualmente, se prevé esta colaboración en algún pronunciamiento Jurisprudencial (STS de 16 de febrero de 2006 (Tol 856230).

⁶⁷ En este caso hay que pensar en una jerga determinada que utilizan las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de droga.

características básicas de la organización criminal que le permitan no levantar sospechas de los integrantes del entramado. Por ello, es necesario estar a las circunstancias del caso concreto.

B) Organismos internacionales en la lucha contra el crimen organizado

Una vez que hemos analizado quien podrá ejercer como agente encubierto en el territorio español para la investigación de las organizaciones criminales, surge otro problema relacionado con la expansión transnacional de la delincuencia organizada. Es decir, cuando las organizaciones criminales actúan en el territorio de más de un Estado, cabe entender que los agentes de policía de los diferentes Estados no podrán actuar en el territorio de otro Estado pues tendrán limitada su soberanía⁶⁸, restringiendo su movilidad, lo que beneficia a los integrantes de las organización que verán satisfechas sus expectativas de evitar a la justicia⁶⁹.

En este sentido, se hace necesaria la articulación de un Cuerpo de policía, con atribuciones de carácter ejecutivo, capaz de frenar la actuación de las organizaciones criminales cuando éstas se expanden en más de un territorio.

En el ámbito de la Unión Europea, nos encontramos con la Oficina de Policía Europea (EUROPOL). Y en el ámbito internacional, que se ubica INTERPOL. Ambas agencias sólo tendrán atribuida funciones de información teniendo vedadas atribuciones ejecutivas.

Como afirma PERRON, *sería deseable una policía europea con poderes operativos, pero resulta imposible imaginarla mientras no se construya un sistema procesal penal común*⁷⁰. Pues sólo así, se logrará parar a la delincuencia organizada, que crea una nueva di-

⁶⁸ A este respecto puede consultarse Vid, CARRERA HERNÁNDEZ, *La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol*, Colex, Madrid, 2003, pág. 77.

⁶⁹ De estos supuestos hay que obviar, tanto las operaciones que se desarrollen bajo el Convenio de Asistencia judicial en materia penal como las denominadas persecución en caliente o vigilancia transfronteriza.

⁷⁰ Cita recogida en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales...* op. cit., pág. 306.

mensión, y la actuación de los organismos encargados de imponer el cumplimiento de la ley⁷¹.

No obstante, en este apartado intentaremos poner de relieve las peculiaridades de EUROPOL, INTERPOL, en aras a la eficaz lucha contra el crimen organizado. Además, reflexionaremos sobre la posibilidad de que los miembros de Europol, Interpol y los equipos conjuntos de investigación puedan actuar como agentes encubiertos dentro de sus limitadas actuaciones operativas.

B.1. Europol

Europol, se configura como la oficina central para el intercambio de información entre los Estados miembros y para el análisis de la delincuencia. Se limita a recabar y analizar la información relativa a las personas delincuentes y a las características de las organizaciones criminales y facilita el intercambio de la misma. Además, comunica a los Estados miembros las informaciones que les afecten⁷². Así, Europol, se configura como órgano de colaboración que actúa en apoyo de los órganos judiciales y de los investigadores policiales⁷³.

⁷¹ STORBECK, «La cooperación policial europea», en *¿Hacia una policía europea?*, Publicaciones de la Fundación Policía Española, Madrid, 2002, pág. 155 y ss.

⁷² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales...* op. cit., pág. 312-313. El objetivo de Europol consiste en mejorar en el ámbito de la cooperación entre los Estados miembros la eficacia de los servicios competentes de los mismos y la cooperación entre ellos con vistas a la prevención y lucha contra el terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional en la medida en que existan indicios concretos de una estructura delictiva organizada y que dos o más Estados miembros se vean afectadas por éstas, de tal modo que debido al alcance, gravedad y consecuencias de los actos delictivos, se requiera una actuación común de los Estados. RIVERA VELA, «Las unidades nacionales de Europol. Elementos dinamizadores de la cooperación», en *¿Hacia una policía Europea?* Publicaciones de la Fundación Policía Española, Madrid, 2002, pág. 205.

⁷³ CASTLLEJO MANZANARES, «Intercambio de información policial en el marco de la Unión Europea». En *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 401 y ss.

Hay que tener, presente que las labores de análisis e información son imprescindibles para garantizar el éxito de la represión del crimen organizado, en tanto en cuanto, proporcionarán información relevante sobre el *modus operandi*, miembros de la organización, jerarquía de la misma, etc. En definitiva, datos que son de gran ayuda para lograr la finalidad de la operación⁷⁴. Tal y como señala SANSÓ-RUBERT, las utilidades de la inteligencia en el ámbito criminal, son tanto de carácter preventivo (evitar que suceda) como su vertiente represiva (ayudando a la averiguación mediante la recolección y análisis de información obtenida para detectar a las personas involucradas), el *modus operandi*, y cualquier hecho relevante para la investigación formal del delito⁷⁵.

No obstante, en el año 2004, se confieren a Europol, aunque con limitaciones, actuaciones operativas. Por un lado, las actividades en equipos conjuntos de investigación. Y por otro la solicitud a los Estados de realización de investigaciones en casos concretos.

Hay que tener en cuenta, que el ámbito material del Europol, se extiende a las formas graves de delincuencia internacional. Estas conductas se centran en el tráfico ilícito de estupefacientes, de material nuclear y radiactivo, las redes de inmigración clandestinas, la trata de seres humanos y el tráfico de vehículos robados. Además, abarcará el blanqueo de dinero ligadas a estas formas de delincuencia y sus delitos conexos⁷⁶.

⁷⁴ De hecho desde los organismo internacionales se potencia, como principal vía de lucha contra la criminalidad organizada, el intercambio transfronterizo de información sobre seguridad y para ello, en el ámbito de la Unión, se crean sistemas de información como: SIS I y SIS II (Sistema de Información Schengen) SIE (Sistema de Información Europol), SIA (Sistema de Información Aduanero) que permiten a las autoridades competentes disponer de información relativa a algunas categorías de personas y objetos.

⁷⁵ SANSÓ-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional»... op. cit., pág. 213.

⁷⁶ Igualmente el Convenio Europol establece otras formas graves de delincuencia internacional de las que podría ocuparse Europol. Estas conductas delictivas se centran en: delitos contra la vida, la integridad física y la libertad; homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestros, retención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; delitos contra la propiedad, los bienes públicos y delitos de fraude; robos organizados; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y obras de arte; fraude y estafa; chantaje y ex-

Otra cuestión diferente es el tema de la posible intervención de los agentes de Europol como agentes encubiertos. Existen diferentes razones por las que podemos apoyar esta posibilidad. En primer lugar, el ámbito objetivo de Europol, es decir, la persecución y represión de la delincuencia grave internacional. En segundo lugar, el ámbito territorial, los agentes de Europol tienen soberanía en todo el territorio europeo y su movilidad es mucho más fácil que la de los agentes nacionales. En tercer lugar, la participación en equipos conjuntos de investigación. En cuarto lugar, la consideración de funcionarios policiales que tienen los miembros de Europol⁷⁷. Y en quinto lugar, la gran preparación que en relación con la delincuencia organizada ostentan los funcionarios de este organismo. Por otro lado, el único inconveniente es que como agentes de Europol, no tienen encomendadas funciones operativas.

Todas estas cuestiones, nos hacen determinar que si las circunstancias del caso lo requieren, los funcionarios de Europol podrán formar parte activa de la infiltración policial.

Indudablemente, podrán llevar a cabo las labores de coordinación de las operaciones encubiertas que se desarrollen, sobre una organización criminal, cuando ésta actúe en diferentes Estados.

B.2. Interpol

Creada en 1923, Interpol se constituye como la mayor organización policial internacional del mundo, con 182 países miembros, entre los que se encuentra España. Su actividad se dirige a posibilitar

torsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de moneda, falsificación de medios de pago; delito informático; corrupción; comercio ilegal y delitos contra el medio ambiente; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; tráfico ilícito de especies animales protegidas; tráfico ilícito de especies y esencias vegetales protegidas; delitos contra el medio ambiente; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.

⁷⁷ En este sentido, el personal de Europol serán agentes nombrados entre los servicios nacionales competentes para prevenir y combatir la delincuencia conforme el artículo 2.4 del Convenio Europol. CARRERA HERNÁNDEZ, *La cooperación policial en la Unión Europea...* op. cit., pág. 105.

la cooperación entre los Estados para combatir el crimen internacional, y en particular el crimen organizado.

Así, los Estados miembros podrán solicitar la comunicación para proceder a investigaciones de ámbito internacional⁷⁸. El nacimiento de esta organización Internacional de Policía Criminal, nace con una doble necesidad: la lucha común frente a los delincuentes u organizaciones que atraviesan las fronteras de un país, y tiene repercusión más allá de éstas; y la de asegurar entre las policías de los diferentes Estados, los contactos oficiales en vía de intercambio de ideas y métodos y la asistencia recíproca⁷⁹.

Está compuesta por funcionarios de policía altamente cualificados, pero no tienen competencia de investigación, actuando sólo a solicitud de los Estados miembros.

La funciones de Interpol son tres esencialmente: servicio de comunicación policial protegida, para su desarrollo ha creado el servicio de comunicación policial denominado I-24/7; servicio de información operativo y base de datos con fines policiales y los servicios de apoyo policial operativo sobre terrorismo, droga y delincuencia organizada, trata de seres humanos, delincuencia económica y financiera y de alta tecnología. A este respecto, Interpol se encargará de allanar caminos, encontrar vías que garanticen una respuesta lo más rápida y eficaz posible, siempre buscando servir a la justicia y evitar la impunidad de los delincuentes⁸⁰.

⁷⁸ En concreto la OCN de España tiene encomendadas las funciones de dar gestión y traslado de extradiciones, condenados y entregas temporales activas o pasivas; la instrucción de diligencias de extradición o demanda a unidades; solicitud de apoyo, datos e intercambio internacional de informes; búsqueda y detención de fugitivos internacionales; vigilancia y cumplimiento de plazos legales y comunicación a la autoridad judicial y país peticionario y gestión activa y pasiva de comisiones rogatorias y ejecución. Teniendo como objetivos principales la atención permanente, el encauzamiento de peticiones, la agilización de procedimientos, el mantenimiento de estructuras y el establecimiento de medidas de seguridad y confidencialidad. ARANADA, «Interpol: una de las mayores organizaciones internacionales del mundo, dedicada a la colaboración policial», en *La coordinación de policías*, Colex, Madrid, 2003, pág. 57 y ss.

⁷⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, *Policía Judicial y...* op. cit., pág. 160.

⁸⁰ ARANDA, «Interpol: una de las mayores organizaciones internacionales del mundo, dedicada a la colaboración policial»,... op. cit., pág. 51. *Vid.*,

El servicio de Información policial: I-24/7, es una herramienta de última generación concebida para que la policía ocupe una posición de ventaja con respecto a la delincuencia internacional. Consiste en conectar entre sí a los sistemas nacionales encargados de la aplicación de la ley de todos los países miembros y proporcionarles los medios necesarios para intercambiar información crucial sobre los delincuentes y las actividades delictivas⁸¹.

El campo de actuación de Interpol se reduce a los delitos contra las personas y bienes y en concreto a los homicidios, secuestro y toma de rehenes, trata de seres humanos, actos ilícitos contra la seguridad en el transporte, infracciones relacionadas con armas y explosivos y el terrorismo⁸².

Su objetivo principal es conseguir y desarrollar, dentro del marco de los ordenamientos nacionales y del respeto a la Declaración de los Derechos Humanos, la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de Policía Criminal y, en concreto, la detención de reclamados conforme al artículo 2 del Estatuto de Interpol⁸³. Para poder

ESPIGARES MIRA, «Interpol y su intervención en la lucha contra el crimen organizado».

⁸¹ En este sentido, la página oficial de Interpol establece como misión principal de este organismo el impulso de la cooperación entre los países miembros y el favorecer el intercambio de información entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad tanto nacionales como internacionales.

⁸² En concreto, Interpol designa al terrorismo como ámbito prioritario de la delincuencia, puesto que éste constituye un grave peligro para la vida de las personas y la seguridad nacional de los países miembros de Interpol. Así destina los siguientes medios de apoyo en su lucha: el aumento de información sobre los grupos terroristas suministrada por los países miembros y ayuda en las tareas de identificación de los presuntos terroristas; apoyo a los países miembros, mediante actividades de formación y análisis de información policial, para desarrollar su capacidad de lucha contra el terrorismo; ayuda a los países miembros en las investigaciones sobre terrorismo y cuando se producen actos terroristas, mediante un apoyo analítico y el acceso a las bases de datos y el fomento activo de la coordinación entre los organismos encargados de la aplicación de la ley, los servicios de aduana, los servicios de información y el ejército, dentro de los distintos países miembros. Información recabada de <http://www.interpol.int>.

⁸³ Vid. <http://www.mju.es>. Con respecto al respeto de los derechos humanos se refiere el Estatuto de Interpol: «se refiere expresamente al respeto de los derechos humanos en el tratamiento de la información policial. Este artículo declara que la finalidad del Reglamento reside en «proteger contra cual-

alcanzar sus objetivos, Interpol, necesita la cooperación permanente y activa de sus Miembros, los cuales deberán hacer todos los esfuerzos para compatibilizar con sus propias legislaciones, y participar con diligencia en las actividades de la Organización.

En este sentido, cuando un país miembro de Interpol necesita acceder a información que les ayude en sus investigaciones o le permita prevenir la delincuencia, Interpol, pone en sobre aviso a la policía de los países miembros sobre las personas buscadas.

Además, se han creado grupos de trabajos especializados con el fin de proponer prácticas de buen funcionamiento y actividades de formación relacionadas con técnicas de investigación y análisis policiales de carácter específico y promover su uso.

En este sentido, no podemos negar la posibilidad de que en algún caso concreto, los funcionarios de Interpol, al fin y al cabo, funcionarios de policía altamente especializado en la lucha contra el crimen organizado, puedan actuar como agentes encubiertos.

B.3. Equipos conjuntos de investigación

Los Estados miembros de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, han adoptado una serie de mecanismos eficaces para la lucha contra la delincuencia organizada. La cooperación entre todos los Estados se hace necesaria para combatir este tipo de criminalidad, dado que su actuación se caracteriza por la transnacionalidad o internacionalidad. Uno de los mecanismos que se prevé poner en marcha son los llamados equipos conjuntos de investigación⁸⁴. Según la Decisión marco sobre los equipos conjuntos de investigación, su creación corresponde a las autoridades competentes de dos o más Estados miembros. Estos equipos se constituirán con un fin determinado y por un período limitado de tiempo, para llevar a cabo investigaciones penales, en uno o más Estados miembros, que los ha-

quier abuso las informaciones de policía tratadas y comunicadas en el seno del sistema de cooperación policial internacional establecido por la OIPC-INTERPOL, con vistas sobre todo a prevenir cualquier atentado contra los derechos de las personas» [<http://www.interpol.com>].

⁸⁴ La previsión se recoge en la Decisión marco del Conejo de 13 de junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación [DOCE L162 de 20 de junio de 2002] <http://www.europa.eu.int>.

yan creado y que se determinarán en el acuerdo de constitución del mismo. Así, los agentes de los distintos países participantes tienen la libertad para desplazarse libremente en el territorio de los otros.

Los equipos conjuntos de investigación, se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea⁸⁵.

Para la creación de un equipo conjunto de investigación, habrá que atender al ámbito competencial de los miembros que se centra en dos situaciones particulares: cuando las investigaciones de infracciones penales en un Estado miembro; requieran investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otro Estado miembro y cuando varios Estados realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados.

Por equipo conjunto de investigación, se entiende el instrumento específico y vinculante que permite a los Estados miembros llevar a cabo actuaciones coordinadas y concertadas a través de investigaciones conjuntas que se desarrollen en el territorio de dos o más Estados.

El equipo, se constituirá en el Estado miembro donde se vaya a desarrollar la operación. A este respecto, establece el artículo 2 de la Ley 11/2003, que los miembros destinados al mencionado equipo, procederán de Estados distintos a aquel en el que actúa el equipo.

Tendrán como finalidad específica la realización de investigaciones en el territorio de uno o varios Estados miembros, a través de un grupo formado *ad hoc* por representantes de todos los Estados que acuerden la constitución del equipo. La formación del equipo conjunto podrá hacerse de modo bilateral o multilateral. La constitución del equipo conjunto de investigación, queda justificada cuando la investigación de las infracciones penales en un Estado miembro requiera la investigación de las infracciones penales que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados miembros. O bien, cuando varios Estados miembros realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del ca-

⁸⁵ Publicada en BOE de 22 de mayo de 2003 (Núm. 112).

so, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados⁸⁶.

Determina el artículo 7 de la mencionada ley, que se podrán desarrollar por los miembros del equipo de determinadas medidas de investigación, que podrán llevarse a cabo en las mismas condiciones cual si fueran solicitadas en el marco de una investigación nacional, siempre y cuando hayan sido autorizadas por las autoridades competentes del Estado miembro en que se actúa y el Estado miembro que haya enviado a los miembros del equipo⁸⁷.

En este sentido establece el artículo 30.2 a) del Tratado de la Unión Europea, que Europol estará capacitada para que facilite y apoye la preparación, y estimule la coordinación y ejecución de acciones específicas de investigación por las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidas las actividades operativas de equipos conjuntos, que incluyan representantes de Europol en calidad de apoyo⁸⁸. Así en el seno de la Unión Europea, se ha adoptado un programa de acción contra la criminalidad organizada, que fijan una serie de medidas que deben acordarse para la lucha contra el crimen organizado. A este respecto, Europol tendrá encomendada la función de definir las estrategias anuales comunes y apoyar las operaciones conjuntas⁸⁹.

⁸⁶ BACIGALUPO SAGGESE; FUENTETAJA PATOR, *Las políticas de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pág. 145. En el primer caso, se puede admitir la existencia de un solo proceso, que las implicaciones en los otros Estados miembros no sean suficientes para iniciar procesos autónomos, o venga a renunciar a ellos en beneficio de la coherencia de la investigación conjunta. En el segundo caso existe un equipo conjunto para la investigación de una situación criminal concreta y con procesos diferentes en más de un Estado miembro. ROMANO, «Equipos conjuntos de investigación», en *¿Hacia una policía europea?* Publicaciones de la Fundación Policía Española, Madrid, 2002, pág. 196-197.

⁸⁷ Esta premisa también es puesta de relieve en el artículo 1.3 de la Decisión marco sobre equipos conjuntos de investigación.

⁸⁸ Además el artículo 30 TUE, prevé la creación de una Red de investigación, documentación y estadística sobre la delincuencia transfronteriza.

⁸⁹ Pacto de la UE de preadhesión sobre la criminalidad organizada [http://www.eu.int].

Puesto que los casos en que se puede crear un equipo conjunto de investigación se ciñen sólo a los casos de delincuencia organizada⁹⁰ y dado que podrá encomendarse a los miembros del mismo la ejecución de determinadas medidas de investigación, la figura del agente encubierto puede tener un papel relevante. De esta forma se tiende a establecer y desarrollar métodos de investigación de delitos cometidos por organizaciones criminales en los que prima la cooperación entre las policías de los distintos Estados.

Es evidente que la actuación coordinada de los cuerpos policiales de los diferentes Estados afectados por la actuación de las organizaciones criminales, que inician una investigación concertada, supone un gran adelanto para la lucha contra la criminalidad organizada, pues permite la movilidad de funcionarios policiales entre los diversos Estados que conforman el equipo conjunto de investigación⁹¹. Sin embargo, este sistema conlleva situaciones de incertidumbre debido a la pluralidad de sistemas penales y procesales tendentes a la persecución de las infracciones criminales, pues la investigación se tiene que llevar a cabo conforme al derecho interno del Estado en el que se estén llevando a cabo las investigaciones, y bajo la dirección de un representante de la autoridad competente que participe en la investigación penal del Estado miembro en el que actúe el equipo⁹². Por ejemplo, la duración de la investigación, órgano encargado de la investigación criminal (Fiscal o juez de instrucción), modo de practicar las diligencias y su posible incidencia en los derechos fundamentales de las personas investigadas⁹³.

Esta situación deriva en la exigencia de un sistema procesal común para todos los Estados, o al menos homogeneidad en las legislaciones nacionales de los diferentes Estados miembros. Sólo de este modo, podemos garantizar que lo obtenido, en la investigación de

⁹⁰ ROMANO, «Equipos conjuntos de investigación»... op. cit., pág. 195. La intervención de los equipos conjuntos como una medida importante en la lucha contra la delincuencia organizada internacional.

⁹¹ Vid. SANZ MÁRQUEZ, «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronteriza»... op. cit., págs. 1435-1436.

⁹² Conforme al artículo 13 del Convenio de Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000.

⁹³ Puede consultarse sobre la actuación de los agentes encubiertos en el extranjero el trabajo de SANZ MÁRQUEZ, «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronteriza»... op. cit., pág. 1439 y ss.

otro Estado miembro puede ser tomado como prueba apta y válida para desvirtuar la presunción de inocencia por los órganos de otro Estado miembros.

De este modo, consideramos que mediante la creación de un equipo conjunto de investigación se puede llevar a cabo una operación encubierta en el territorio de más de dos Estados, sin que ello suponga merma alguna de competencias. Esta situación, sólo conllevaría éxito a la operación, pues no podemos olvidar que los equipos conjuntos de investigación tienen como cometido principal la coordinación de las FFCCSS los diferentes Estados que se comprometan, en el equipo conjunto, en la eficaz lucha contra la organización criminal que hace peligrar su situación de libertad, seguridad y justicia.

Es posible que, los Estados miembros prevean la colaboración de los representantes de Europol⁹⁴ o de la OLAF⁹⁵ en las actividades del equipo conjunto de investigación⁹⁶.

⁹⁴ La participación de los miembros de Europol en los equipos conjuntos de investigación se dispone en el Acto del Consejo de 28 de noviembre de 2002, por el que se establece un Protocolo que modifica el Convenio por el que se crea un Oficina Europea de Policía [DOCE. 13448/02]. En este Acto se introduce un nuevo artículo, 3. bis que dispone: «*Los agentes de Europa podrán participar en calidad de apoyo en equipos conjuntos de investigación... en la medida en que dichos equipos investiguen delitos penales que sean competencia de Europol... los agentes de Europa podrán dentro de los límites del Derecho del Estado miembro en que opere el equipo conjunto de investigación... prestar asistencia en todas las actividades e intercambiar información con todos los miembros del equipo... No obstante, no tomarán parte en la adopción de ninguna medida coercitiva*».

⁹⁵ La OLAF, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, no es más que un instrumento legal de investigación administrativa, del que se ha dotado la Unión Europea, para garantizar una mejor protección de sus intereses, frente a los ataques llevados a cabo por los defraudadores a las finanzas comunitarias. Tiene por objetivo reforzar el alcance y eficacia de la lucha contra el fraude y otros comportamientos ilegales que van en detrimento de los intereses comunitarios. Así en aquellos casos en que los equipos de investigación conjunta lleven a cabo investigaciones acerca del blanqueo de capitales, fraude o corrupción que afecten a los intereses financieros de la Comunidad, podrán formar parte del equipo de funcionarios de la OLAF. GARCÍA HERRANZ, «La OLAF: antecedentes, estructura, misiones», en *La coordinación de las policías*, Colex, Madrid, 2003, pág. 63 y ss. <http://www.europa.eu.int>.

⁹⁶ Actividades de la Unión Europea sobre los equipos conjuntos de investigación. <http://www.interpol.int>.

Por otra parte, en el informe de actividades de Interpol correspondiente al año 1999, se plantea la necesidad de crear grupos de investigación secretas para luchar contra el tráfico internacional de especies animales y vegetales amenazadas. Asimismo se prevé la utilización de agentes encubiertos para luchar contra el tráfico de drogas en Europa⁹⁷.

C) Coordinación y cooperación entre los Cuerpos de Seguridad

El éxito de la lucha contra el crimen organizado requiere una eficaz coordinación y cooperación entre los diferentes cuerpos de policía tanto a nivel nacional como internacional.

En el terreno nacional, la cooperación y coordinación de los funcionarios policiales de los diferentes Cuerpos ya pertenezcan al Estado, Comunidad Autónoma o entes locales, además de necesaria, no plantea más problemas que las posibles cuestiones de competencia que pudieran surgir.

En el plano internacional, lo ideal es que la cooperación entre los cuerpos policiales de los diferentes Estados, se haga a través de los equipos conjuntos de investigación. No obstante, no siempre se podrá llevar a cabo la constitución del mismo. Por ejemplo, cuando la investigación afecte a terceros Estados, no miembros de la Unión Europea. Hasta ahora, la cooperación policial entre los Estados pasa por calificarse de horizontal, en tanto en cuanto la colaboración se haga por los agentes de las FFCCSS similares de los países afectados con la actuación de la organización criminal. Y, por otro lado, la cooperación a través de los órganos supranacionales, es decir, de carácter vertical —Europol en el ámbito europeo, Interpol en el ámbito mundial— que favorecen la coordinación de las actuaciones de los órganos nacionales⁹⁸.

⁹⁷ Informe de actividades de Interpol correspondiente al año 1999 [<http://www.interpol.int>].

⁹⁸ ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTÍN; RODRÍGUEZ YAGÜE, «El derecho penal internacional europeo», en *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (Universidad Castilla La Mancha), Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, pág. 36.

En estos casos, la cooperación se podrá desarrollar a través de la constitución de acuerdos bilaterales. Nuestro Estado ha firmado multitud de acuerdos con esta finalidad que pueden diferenciarse, entre los que se refieren a la cooperación para la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes entre los que podemos citar, Acuerdo entre España y Chile sobre cooperación en materia de prevención del uso indebido y el control del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 12 de noviembre de 1996⁹⁹, Acuerdo entre España y El Salvador sobre cooperación en materia de prevención del consumo, control ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y control de precursores y sustancias químicas sujetas a fiscalización de 14 de noviembre de 1997¹⁰⁰. Y, los que se refieren

⁹⁹ Publicado en BOE de 21 de mayo de 1998 (núm. 121).

¹⁰⁰ Además podemos citar: Acuerdo entre España y México de cooperación en materia de prevención del uso indebido y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 6 de noviembre de 1997 (BOE de 26 de junio de 1998, núm. 152); Acuerdo entre España y Bolivia sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 10 de noviembre de 1997 (BOE de 24 de noviembre de 1998, núm. 281); Acuerdo entre España y Venezuela sobre cooperación en materia de prevención del consumo y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 24 de septiembre de 1996 (BOE 27 de marzo de 1998, núm. 74); Acuerdo entre España y Panamá de cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 17 de agosto de 1999 (BOE de 20 de julio de 1999, núm. 165); Tratado entre España y Portugal para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar, de 2 de marzo de 1998 (BOE de 20 de enero de 2001, núm. 18); Acuerdo entre España y Uruguay de cooperación en materia de prevención del uso indebido y la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 18 de marzo de 1998 (BOE de 26 de marzo de 2002, núm. 73); Acuerdo entre España y Cuba de cooperación en materia de prevención del uso indebido y la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 10 de noviembre de 1998 (BOE de 1 de agosto de 2001, núm. 183); Acuerdo entre España y Malta sobre cooperación en materia de prevención del uso ilícito y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 28 de mayo de 1998 (BOE de 4 de noviembre de 1998, núm. 264); Acuerdo entre España y Colombia de cooperación en materia de prevención del uso indebido y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 14 de septiembre de 1998; Acuerdo entre España y Perú sobre cooperación en materia de prevención del consumo, desarrollo alternativo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 17 de septiembre de 1998 (BOE de 25

a la lucha contra la delincuencia organizada en si misma considerada, como pueden ser, los suscritos entre España y el Gobierno de la República de Bulgaria para la Cooperación en la lucha contra la Delincuencia de 21 de julio de 1998¹⁰¹; España y Eslovaquia sobre la cooperación en materia de lucha contra la delincuencia organizada de 3 de marzo de 1999¹⁰²; España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia organizada de 17 de mayo de 1999¹⁰³.

de junio de 1999, núm. 151); Acuerdo entre España y Argentina de cooperación en materia de prevención del uso indebido y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 24 de octubre de 2000 (BOE de 20 de noviembre de 2000, núm. 278); Acuerdo entre España y Ecuador de cooperación en materia de prevención del consumo y control ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores químicos de 30 de junio de 1999 (BOE de 22 de febrero de 2000, núm. 45); Acuerdo entre España y Guatemala sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 7 de noviembre de 2001 (BOE de 19 de febrero de 2002, núm. 43); Acuerdo entre España e Israel sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 9 de noviembre de 1999; Acuerdo entre España y Honduras sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 13 de noviembre de 1999 (BOE de 31 de enero de 2002, núm. 27); Acuerdo entre España y Costa Rica de cooperación en materia de prevención del consumo y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 22 de noviembre de 1999 (BOE de 26 de julio de 2001, núm. 178); Acuerdo entre España y República Dominicana de cooperación en materia de prevención del Consumo y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 15 de noviembre de 2000 (BOE de 26 de diciembre de 2001, núm. 309); Acuerdo entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil sobre la cooperación en materia de consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Madrid el 11 de noviembre de 1999 (BOE de 24 de julio de 2004, núm. 178).

¹⁰¹ Publicado en BOE de 27 de junio de 2001 (núm. 232).

¹⁰² Publicado en BOE de 12 de agosto de 1999 (núm. 192).

¹⁰³ Publicado en BOE de 3 de julio de 1999 (núm. 158). Además de los citados, Convenio entre España y la República popular China de cooperación para la lucha contra la delincuencia organizada de 25 de junio de 2000 (BOE de 6 de junio de 2002, núm. 135); Convenio entre España y Ucrania sobre cooperación en materia de lucha contra la delincuencia organizada de 7 de noviembre de 2001 (BOE de 13 de febrero de 2003, núm. 38); Acuerdo entre España y Polonia sobre la cooperación en el ámbito de la lucha contra

En el seno de la Comisaría General de Policía Judicial encontramos la Unidad de Cooperación Policial Internacional que asume la dirección y coordinación de la cooperación, colaboración y el auxilio a las policías de otros países y de la que dependerán la Oficina Central de Interpol y la Unidad Nacional de Europol.

En el ámbito interno de nuestro Estado, se ha creado en el ámbito del Ministerio del Interior un Comité Ejecutivo para el mando unificado cuya finalidad es garantizar de manera permanente y continuada la actuación conjunta y coordinada de los Cuerpos Nacionales de Policía y el Cuerpo de la Guardia Civil. Este nuevo órgano estatal nos interesa en tanto en cuanto tiene encomendado como objetivos la creación de unidades especiales conjuntas sobre criminalidad organizada, inteligencia, investigación y terrorismo, tal y como se prevé en la Orden del Ministerio del Interior de 7 de mayo de 2004 por la que se crea el mencionado Comité¹⁰⁴.

Además, hay que traer a colación el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA). Inspirado en el Centro Conjunto de Análisis del Terrorismo: Joint Terrorism Analysis Centre (JTAC), de Reino Unido. Existe igualmente un organismo similar en Estados Unidos: National Counter-Terrorism Centre (NCTC). Es un órgano complementario y auxiliar de las fuerzas de seguridad, no asume misiones operativas, que estan en manos de los FFCCSS, por lo que no es en ningún caso una especie de tercer cuerpo de seguridad. Con el CNCA, se trata de potenciar la estructura de lucha contra el terrorismo ya existente y mejorarla con un centro de información y análisis. Ejerce funciones de inteligencia, Información y coordinación. Como pusimos de relieve anteriormente, estas funciones de inteligencia son básicas para garantizar el éxito de las investigaciones encubiertas, en concreto de la infiltración policial¹⁰⁵.

la delincuencia organizada y otros delitos graves de 27 de noviembre de 2000 (BOE de 3 de diciembre de 2003, núm. 289); Acuerdo entre España y Letonia sobre cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otros delitos de 24 de noviembre de 2003 (BOE de 6 de febrero de 2004, núm. 32).

¹⁰⁴ Publicada en BOE de 10 de mayo de 2004 (núm. 113).

¹⁰⁵ Información recopilada en <http://www.intelpage.info/cnca.htm>.

Hemos advertido que las labores de información tienen un gran protagonismo en la lucha contra el crimen organizado. No obstante, la existencia de diferentes sistemas de información —SIS; SIS II; SIA; SIE— suponen una dificultad añadida a una batalla común de los Estados. En este sentido, la creación de un único sistema centralizado¹⁰⁶ de información, que simplificara y agiliza el intercambio de información criminal entre las autoridades de los diferentes Estados afectados, en el que las autoridades darán una respuesta más rápida y eficaz frente a la delincuencia organizada¹⁰⁷.

Más tarde, en el año 2000, el Convenio relativo a la asistencia jurídica en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea¹⁰⁸, por el que se otorga un marco normativo para que los Estados comunitarios, se presten asistencia recíproca y se sirvan de esos instrumentos para un mejor y más eficaz lucha contra la delincuencia¹⁰⁹. También es de relevante importancia, el Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, donde se refleja el modo de proceder en las infiltraciones policiales¹¹⁰.

El artículo 14 del Convenio de 2000, reconoce las investigaciones encubiertas como mecanismo apto para el combate contra la delincuencia organizada, entendiendo por tales las investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa¹¹¹. Pero en esta ocasión, tenemos el mismo

problema que asola a los equipos conjuntos de investigación, el derecho aplicable en estas operaciones. Se establece en el convenio que la investigación tiene que desarrollarse conforme al derecho y al procedimiento del Estado miembro donde se desarrolle la infiltración¹¹². Evidentemente, además del problema de la falta de homogeneización, se tiene que tener en cuenta que quizás la información obtenida va a servir como prueba en el proceso que se desarrolle en el territorio de otro Estado. En este sentido, la realización transnacional de actividades como la admisión y la práctica de la prueba, presentan problemas debidos a la deshomogeneización normativa de los diferentes Estados que sólo hallarán solución con la implantación de un sistema procesal penal común, al menos en todo el territorio de la Unión Europea.

D) Formación del agente encubierto

El agente encubierto como miembro de las FFCCSS y, en concreto, como integrante de la policía judicial se caracteriza por estar especializado en técnicas de investigación delictual. No obstante, la persona que se infiltra en una organización criminal debería gozar de una formación especializada, prioritariamente, en la investigación y represión del crimen organizado. La infiltración de un agente en el seno de una organización criminal supone preparar a un ser humano para adentrarse en un entorno grupal netamente hostil y

¹⁰⁶ CASTILLEJO MANZANARES, «Problemas de funcionamiento que actualmente presenta EUROPOL», ponencia presentada en *Jornadas sobre Derechos Humanos y armonización del derecho penal en el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, 19-20 de enero de 2009.

¹⁰⁷ En este sentido, el Consejo de Europa emite una Decisión marco, 2006/960/JAI, que garantiza la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea [DOCE L 386, de 29 de diciembre de 2006].

¹⁰⁸ Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000 por el que se celebra de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea. [DOCE C 197, de 29 de mayo de 2000].

¹⁰⁹ LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión...* op. cit., pág. 171.

¹¹⁰ El texto de este informe fue aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 [DOCE C 379, de 29 de diciembre de 2000].

¹¹¹ LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión...* op. cit., pág. 168.

¹¹² Dispone el artículo 14 Convenio de 2000: «El Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad supuesta (investigaciones encubiertas); La decisión sobre la solicitud la tomarán en cada caso las autoridades competentes del Estado miembro requerido ateniéndose a su Derecho interno y a los procedimientos nacionales. Los Estados miembros acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales; Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. Los Estados miembros interesados colaborarán para garantizar la preparación y supervisión de la investigación encubierta y la adopción de medidas para la seguridad de los agentes que actúen de manera encubierta o con identidad falsa».

permanecer en él simulando de manera sostenida una identidad ficticia¹¹³.

Con carácter general los miembros de la Policía Judicial, están llamados por imperativo legal a la formación. Así lo dispone la LOFCS en su artículo 32, en el que se establece que la policía judicial, constituye una función cuya especialización se cursará en los centros de formación y perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En relación con esta disposición, nos encontramos oportunas referencias a la formación de la policía judicial en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

Así debemos considerar que la formación del personal que vaya a actuar como infiltrado, es un eje sobre el que descansa la efectividad de la medida. De este modo, es necesario potenciar tanto la impartición regular de cursos, como la actualización de contenidos, favoreciendo la celebración de otro tipo de cursos complementarios centrados en colectivos concretos¹¹⁴.

Desde la Unión Europea, se insta a los Estados miembros a la promoción de la cooperación y la iniciativa conjunta en la formación de personal policial. De este modo, se exige impartir una formación adecuada a los investigadores y a las autoridades judiciales para facilitar la estructura adecuada para el trabajo que, como es el caso de la infiltración policial, requiere un alto grado de especialización¹¹⁵.

¹¹³ MONTERO GÓMEZ, «Doctrina de infiltración para Inteligencia contrterrorista»... op. cit.

¹¹⁴ Información recopilada de la «Misión de acción pública dirigida a la lucha contra el blanqueo», en Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias/ Líneas estratégicas de la lucha contra el blanqueo [<http://www.pnsd.msc.es/Categoria3/control/comision/comi.htm>]. En este sentido la Estrategia Nacional sobre Drogas, pretende aportar una serie de recomendaciones estratégicas con incidencia directa en el desarrollo o mejora de las actuaciones policiales, mediante la que se incrementa la política formativa en técnicas de lucha contra el tráfico de drogas y blanqueo de capitales, entre las que se encuentra el agente encubierto a este respecto, se señala que se han impartido un total de 72 horas de formación específica de investigación sobre tráfico de drogas y blanqueo de capitales a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. [<http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/publica/pdf/Evaluacion2003.pdf>].

¹¹⁵ La exigencia de formación policial se recoge en la estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio [DOCE C 124, de 3 de mayo de

En este sentido, hay que tener en cuenta, en términos relativos, que un porcentaje elevado de organizaciones criminales son de origen extranjero. Esto conlleva una diversidad lingüística, cultural, ideológica, religiosa y de hábitos y costumbres diferentes a la española¹¹⁶, lo que sin lugar a dudas, entraña un problema añadido a la lucha contra este tipo de criminalidad. La principal herramienta para paliar las barreras derivadas de la citada heterogeneidad, es la cooperación con otros cuerpos policiales de los Estados de donde son originarios o pertenecientes los entramados organizativos —siempre que los tratados internacionales aplicables en la materia lo permitan—. Puede obtenerse otra solución gracias a la existencia actual de un gran número flujos migratorios, los cuales permiten agentes policiales concedores de las costumbres y mentalidades de los miembros de la organización extranjera.

Por otro lado, al agente de policía, futuro agente encubierto, hay que enseñarlo a ser agente encubierto, es decir, habrá que formarlo acerca de las actuaciones que podrá realizar en el seno de la operación, la forma en que se tiene que llevar a cabo la comunicación del resultado de la operación, el uso de la identidad supuesta, así como a vivir en condiciones ajenas a él mismo.

2000]. En este sentido, en el seno de la Unión Europea se ha creado lo que se denomina como CEPOL y que tiene por objetivo contribuir a la formación de oficiales de policía de rango superior perfeccionando y reforzando la cooperación entre los institutos y organismos nacionales. Además se pretende impulsar y desarrollar un planteamiento integrado de la UE frente a los problemas transfronterizos a que se enfrentan sus Estados miembros en materia de prevención y lucha contra la delincuencia y mantenimiento del orden y la seguridad públicos. Información recopilada de http://europa.eu.int/agencias/pol_agencias/cepol/index_es.htm.

¹¹⁶ HERNANDO MARTÍN, «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones». Ponencia presentada en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004, pág. 1392 (<http://www.cej.justicia.es>). El autor, opina que una solución viable para luchar contra estas organizaciones criminales puede pasar por utilizar infiltrados ajenos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No obstante, en nuestra opinión esta solución es inviable pues en nuestro ordenamiento jurídico no se permiten las infiltraciones, propiamente dichas, realizadas por particulares por el riesgo que para ellos conllevaría.

En esta concreta técnica de investigación, el agente policial podrá adoptar determinados roles dentro de la organización. Uno de ellos, será el de «delincuente». Para desempeñar estas funciones, la persona que vaya a infiltrarse deberá estar preparada psicológicamente para afrontar las situaciones, de este tipo, a las que tenga que hacer frente. Otra de las funciones que puede desempeñar el agente es el de profesional de alguna ciencia jurídica, médica, económica, informática, etc. Para ello, dependiendo del rol que se adopte, deberá contar con la cualificación necesaria para desempeñar este tipo de trabajos.

En este sentido y a modo de ejemplo, si es necesario para la finalidad de la investigación, y que en muchos casos lo será, el agente infiltrado debe estar preparado para el consumo de drogas o alcohol. Es por ello, por lo la persona que vaya a desarrollar el operativo de la infiltración, no sólo tiene que tener la preparación suficiente en el régimen legal y modo de proceder, sino que necesita una formación física y psíquica fuera de lo habitual dado la misión que desempeñaba.

En este sentido, bajo nuestro punto de vista, parece más aconsejable que el agente encubierto, tenga una preparación psicológica y una formación profesional. Ya que durante el tiempo que dure la infiltración policial, éste no podrá relacionarse con todo aquello que lo vincule a su vida normal, pues en caso contrario tanto su integridad, como la de todo aquello con lo que se relacione, puede estar en peligro.

De este modo, al igual que existen centros especializados en los que se entrenan a los «negociadores de la policía» o a los GEOS, será necesario que aquella persona que vaya a actuar como agente encubierto, los alcances de la infiltración, ostentando una formación cualificada al respecto. Quizás, sea ir demasiado lejos el pretender la creación de un centro que «adiestre» a los futuros agentes encubiertos, así el policía que pretenda ser infiltrado deberá someterse a pruebas de aptitud y actitud que le permitan adquirir el bagaje necesario para la futura infiltración en el entramado organizativo.

A modo de ejemplo, en enero del 2005 se crea en Málaga el primer Grupo de Respuesta Especial contra el Crimen Organizado (GRECO). Los miembros de este grupo provienen de los Servicios Centrales (UdyCO y UDEV). La creación de este grupo, se debe a la especialización de las mafias y la amplia tipología de actividades delictivas que desarrollan, junto con la violencia de sus acciones. Ante

tal especialización, el Estado debe responder con medidas altamente cualificadas a través de sus agentes formados especialmente para la lucha contra el crimen organizado.

Finalmente, hay que advertir que en la Dirección General de Policía y Guardia Civil, existe una división de Formación y perfeccionamiento en las que se ubican un Centro de Formación y un Centro de Actualización y Especialización (CEPOL). Así, debemos considerar que éstos serán los centros donde se preparen a los agentes que vayan a infiltrarse en una organización.

Además, de la formación especializada del agente encubierto para la realización de operación encomendada, es necesaria, la dotación de determinados medios económicos que la hagan posible. En la práctica, no sabemos si a los policías que actúan como agentes encubiertos se le otorgará alguna partida específica. Pero con independencia de la efectividad de la misma, éstos deben estar previstos en la partida destinada a gastos reservados¹¹⁷.

E) Agentes dobles. Corrupción del agente encubierto

Otro de los problemas fundamentales que acarrea la infiltración de un agente de las FFCCSS, en el seno de una organización criminal, es la posibilidad de que el rol adoptado por el agente encubierto durante la infiltración consiga *embaucar* al agente para que finalmente se transforme en un miembro más de la organización. Es decir, que el agente encubierto, dejando o no su puesto como miembro de las fuerzas de seguridad del Estado, se vea tentado por los beneficios económicos que le reporta ser miembro activo de la organización. Este tema, es de vital importancia en relación con la responsabilidad del agente encubierto por las actividades realizadas durante el transcurso de la infiltración. En un primer momento, el agente encubierto, sólo quedará exento de responsabilidad por aquellos delitos que cometa en relación directa con la finalidad de la investigación. Así, puede suceder que el infiltrado concorra en infracciones penales

¹¹⁷ SANSO-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional»...op. cit., pág. 218.

traspasando el límite de la finalidad de la investigación para beneficio propio, en cuyo caso estaría cometiendo actividades corruptas¹¹⁸.

La actuación de los agentes pertenecientes a las FFCCSS, debe estar sometida a los siguientes principios: adecuación al ordenamiento jurídico; relaciones con la comunicación; tratamiento de detenidos; dedicación profesional; secreto profesional y responsabilidad, de acuerdo con la (LOFCS).

No obstante, en algunas ocasiones, la actuación de los agentes puede quedar alejada de tales principios y es cuando podemos hablar de una presunta corrupción del agente. En este sentido, y en lo concerniente a la actuación del agente infiltrado, alguno de estos principios ceden desde el inicio porque no pueden hacer nada que deje entrever que son agentes de policía. Pero esta situación no puede ser confundida con la corrupción del agente pues las circunstancias del caso hacen necesaria la no sujeción a esos principios.

Más bien, la corrupción del agente infiltrado, debe ir orientado a una extralimitación de sus funciones como investigador, es decir, la comisión de hechos delictivos o bien, que la operación encubierta se vuelva en contra del Estado. Esta situación puede provocar la aparición de agentes dobles, es decir, aun actuando bajo el amparo de la operación encubierta, facilitan información relevante a la organización criminal con el fin de que estas eludan la acción de la justicia y por tanto todas sus actuaciones delictivas queden impunes.

Por lo anteriormente expuesto, debe preocuparnos tanto la corrupción de los agentes encubiertos, entendida como la actuación de un agente público motivada por una recompensa económica indebida¹¹⁹, como las acciones delictivas que el agente puede acometer du-

¹¹⁸ No obstante, hay que tener en cuenta que la corrupción puede provenir de los agentes que no están infiltrados pero tienen conocimiento de la investigación. Estos casos son de vital importancia en tanto en cuanto corre grave peligro la integridad del infiltrado. En España, la misión de vigilar e investigar las conductas de los funcionarios contrarias a la ética profesional, la tiene encomendada el Director General de la Policía y de la Guardia Civil [http://www.mir.es].

¹¹⁹ DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 1996, pág. 14. Otro concepto de corrupción que quizás se adecue más a este trabajo, es el propuesto por MALEM SEÑA para el que corrupción es: «*aquellos actos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de*

rante el transcurso de la investigación encubierta y que nada tienen que ver con el aseguramiento del éxito de la investigación.

Esta situación, supone para el Estado un quebrantamiento en sus principios pudiendo llegar a causar un daño irreparable para la sociedad, teniendo en cuenta que los funcionarios públicos tienen el deber de respetar la ley y comprometerse con el Estado de Derecho y todo lo que ello conlleva.

Un problema añadido de esta situación, es la articulación de mecanismos para la investigación y averiguación de la corrupción de los agentes encubiertos, siendo éstos una parte necesaria de una infraestructura de la ética. Esta circunstancia puede deberse, quizás a cuestiones de corporativismo profesional o porque en estas situaciones la prueba de corrupción puede ser algo más difícil de localizar.

Una de las cuestiones a las que hace referencia el precepto mencionado de la Ley 2/1986, habla de la integridad del agente a la hora de desempeñar su labor. Pues bien, en relación a esta cuestión, se ha puesto de manifiesto en EEUU las «*pruebas de integridad*» para la investigación de la corrupción policial, entendidas como una herramienta particularmente útil para detectar las irregularidades que las fuerzas policiales pudieran cometer en su propio beneficio¹²⁰.

En este sentido, teniendo en cuenta la acepción de integridad y la prohibición de las personas que ocupan cargos públicos, a colocarse bajo la obligación financiera o de otro tipo con terceros u organizaciones que puedan influirles en el desempeño de sus responsabilidades oficiales. Partiendo de esta base, podemos definir las pruebas de integridad como un mecanismo apto y útil para eliminar la corrupción de las esferas policiales. Estas pruebas podrán ser focalizadas o aleatorias. Las focalizadas, se dirigen a agentes específicos de quie-

discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza». En, La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Gedisa, Barcelona, 2002, pág. 23 y ss. MORENO CATENA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Introducción al Derecho Procesal...* op. cit., pág. 146. Establece al respecto de la independencia de los jueces y magistrados frente a las presiones sociales que se evitarán si el Estado garantiza la independencia económica de jueces y magistrados mediante una retribución digna y en régimen de protección social adecuada.

¹²⁰ AA. VV., «Ética del servicio público, Monitoreo de bienes y prueba de integridad», en Libro de Consultas dedicado al *Sistema Nacional de Integridad*, 2000, pág. 287.

nes se sospecha que han cometido un acto de corrupción. También de manera aleatoria pueden investigarse agentes involucrados en trabajos susceptibles a ciertos actos de corrupción¹²¹. En definitiva, estas pruebas de integridad constituyen un señuelo¹²².

Por otro lado, lo que hace a la prevención de estas conductas corruptas, podemos citar los códigos de conducta puestos de relieve por el informe Nolan. En este informe, se hace patente la necesidad de aplicar a todos los ámbitos de la vida pública los principios que a continuación se especifican: desinterés, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo¹²³. Igualmente, se ha planteado la posibilidad de crear un código ético al que deba ser sometido el infiltrado, garantizando así su sometimiento a los parámetros legales¹²⁴.

¹²¹ *Ibidem*, pág. 288.

¹²² AA.VV., «Leyes para combatir la corrupción» en *Sourcebook en español. El libro de consultas 2000*. Capítulo 27. <http://www.transparenciamexicana.org.mx>, pág. 394.

¹²³ Informe Nolan sobre las normas de conducta de la vida pública, 1996. en el Código penal francés se hace hincapié en la diferencia entre corrupción activa y pasiva. Estos actos de corrupción, están establecidos en el ordenamiento jurídico español como actos de cohecho previstos en los artículos 419-427 CP.

¹²⁴ Cuarta reunión de altos responsables técnicos en materia de droga de la Unión Europea y la Comunidad Andina celebrada en el 2000 http://ec.europa.eu/comm/external_relations/andean/doc/4_lima_drugs_es.pdf. En el ordenamiento paraguayo se establecen estos códigos éticos de actuación del agente encubierto relacionados con la exención de responsabilidad. Así se establece que: «Estará exento de responsabilidad penal y civil el agente encubierto por actividades ilícitas necesarias para el cumplimiento de su cometido siempre que reúnan las siguientes características: a) que su actuación cuente previamente con la aprobación y se realice bajo la permanente dirección y control de sus superiores y con conocimiento, consentimiento escrito y seguimiento permanente del juez autorizante; b) que cada actividad ilícita esté puntualmente aprobada por sus superiores y sea necesaria para el éxito de los operativos autorizados y no pueda ser llenada por métodos normales; c) que el agente encubierto sea de la máxima moralidad, altamente capacitado y de probada idoneidad; d) que el agente encubierto informe a sus superiores y al juez autorizante sobre los actos y diligencias que realice y el resultado de los mismos; e) que sus actividades no estén orientadas a ocultar, destruir o alterar evidencias, o a encubrir fallos en el operativo o en la actuación de sus superiores u otros agentes o informantes; f) que sus actividades no estén orientadas al lucro o beneficio personal del agente encubierto

Para detectar la posible corrupción de los agentes encubiertos, es decir, cuando se convierten en infiltrado de la organización en las instituciones públicas, pueden utilizarse varias prácticas: en primer lugar, la infiltración de un segundo agente en la organización. (aunque este modelo puede conllevar a que los beneficios económicos, sociales, la protección, etc., que la organización puede proporcionarle, corrompa de igual forma a este segundo infiltrado. Este motivo nos conduce a descartarlo como herramienta útil para prevenir y reprimir la corruptela). En segundo lugar, pueden realizarse investigaciones bancarias al agente infiltrado para conocer el grado de ingresos, detectando así los de proveniencia ilícita. (no obstante, esta inspección es también fácilmente eludible haciendo uso de bancos extranjeros, disponiendo el dinero acumulado a los familiares, etc). En tercer lugar, puede detectarse que el infiltrado no proporciona toda la información que obtiene de la organización criminal y además, utiliza la información que obtiene del Estado para avisar a los integrantes de la organización sobre las futuras operaciones que se podrían desarrollar contra ellos. En estos casos, los mandos policiales podrían ofrecer datos falsos al agente encubierto para detectar su doble condición (como agente encubierto en la organización y de la organización).

No obstante, para evitar la corrupción del agente encubierto se podrán realizar controles periódicos por sorpresa o entrevistas, siempre que la operación lo permita y no corra riesgo la seguridad del infiltrado. De este modo, si el infiltrado se dejara llevar por el ánimo de lucro ofrecido por la organización criminal, sería más fácil su averiguación.

Pero los actos corruptos, no sólo pueden provenir del agente encubierto, ya que como agentes dobles pueden actuar todos los miembros de las FFCCSS que tengan información suficiente sobre la investigación. Así, puede existir un agente ajeno a la infiltración que facilita información relevante acerca de la investigación a cambio de benefi-

o de terceros, y que no consistan en hechos punibles contra la vida, contra la integridad física, contra la autonomía sexual, contra menores, contra el honor y reputación, contra la seguridad de las personas en el tránsito, contra la seguridad de convivencia de las personas, contra la prueba testimonial, contra el erario, contra el Estado —con excepción del cohecho y el soborno— y contra los pueblos Artículo 96 de la Ley n° 1.881/02 que modifica la ley n° 1.340 del 22 de noviembre de 1988 «que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes».

cios económicos, poniendo en riesgo no sólo la finalidad de la misma sino la propia vida o seguridad de un compañero¹²⁵. Detectar a estos agentes corruptos que actúan desde el exterior de la organización criminal, supone una actividad diferente por parte de los mandos policiales encargados de garantizar el éxito de la operación.

2. Sujeto pasivo de la infiltración policial

Un aspecto fundamental para entender la investigación mediante agentes encubierto, es la existencia de una organización criminal. Buscar un concepto unívoco y común que nos ayude a delimitar la intervención del agente encubierto, resulta una tarea harta complicada, sobre todo si tenemos en cuenta las diferentes concepciones que desde el plano normativo y doctrinal se ofrecen.

Ya dijimos que la existencia de un sistema procesal común, sobre todo para los Estados miembros de la Unión Europea, conllevaría la satisfacción de las necesidades que la sociedad reclama en materia de seguridad, libertad y justicia. Igualmente, un concepto único de organización criminal, ayudaría a la consecución de dicho interés pues garantizaría la lucha común de los Estados.

En este epígrafe intentaremos buscar un concepto único que describa, con la mayor exactitud, que la complejidad del tema nos permita, las características básicas de un entramado criminal.

Ahora bien, puesto que la investigación encubierta supone un ataque más agresivo en el sistema de garantías, esta medida nos puede servir para la investigación de cualquier organización criminal. Ello situaría la infiltración policial fuera de los parámetros democráticos y garantistas del Estado de Derecho¹²⁶. Adelantando nuestra postura, consideramos que la intervención de un agente encubierto, sólo se ajustará a Derecho cuando sea autorizada para la investigación de los entramados más lesivos y peligrosos para la sociedad. De todos modos, creemos conveniente analizar todos los puntos que caracterizan a las organizaciones criminales, para desechar aquellos que

¹²⁵ En este sentido establece el ordenamiento francés que en el caso de revelar la identidad del agente encubierto, será motivo de infracción penal (artículo 706-84).

¹²⁶ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 206-207.

no deben tenerse en cuenta o que resultan irrelevantes para la adopción de la infiltración policial, y establecer cuales de esos caracteres son de necesaria apreciación para poder autorizar la intervención de un agente encubierto.

Sin embargo, no podemos olvidar que la organización criminal está formada por personas físicas, individuales que son los verdaderos sujetos pasivos que escudándose en una institución, la organización criminal, delinquen de manera indiscriminada guiándose por un código de conducta. En este sentido, debemos precisar que si bien lo que se pretende averiguar con la infiltración es la identidad de esas personas responsables, y, es necesario que éstos se agrupen formando una organización criminal para poder utilizar la técnica del agente encubierto en su investigación, pues, la conducta criminal que comete una persona física aislada no es el objetivo de la infiltración policial. Es decir, para que se adopte la intervención de un agente encubierto, es necesaria la existencia de personas que cometen hechos delictivos en el seno de una organización criminal, pues la actuación de éstas supone un ataque frontal no solo a la debida protección de la sociedad sino a las instituciones del Estado tanto políticas, jurídicas o económicas. Como establece nuestro Tribunal Supremo, al justificarse de la mayor intensidad de las penas, *la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad para los autores, y también una eventual gravedad de superior intensidad en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión*¹²⁷.

Llegados a este punto, consideramos que el trabajo debe centrarse en la búsqueda de un concepto de organización criminal que reflejen todas aquellas características básicas y necesarias que la hacen realmente peligrosa¹²⁸ y que hacen surgir la necesidad de adoptar

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006 (Tol1006.861).

¹²⁸ Como sabemos el agente encubierto no puede utilizarse de manera indiscriminada para la investigación de cualquier organización criminal, pues su procedibilidad está regida por el principio de especialidad, es decir, sólo podrá utilizarse para la investigación de determinadas organización, no de manera indiscriminada. En este sentido, en la búsqueda del concepto de entramado organizativo, iremos resaltando qué características revisten de

un medio de investigación necesario para su prevención y represión pues debemos tener en cuenta que para la adopción de la intervención de un agente encubierto rige la cláusula de subsidiariedad, esto es, sólo cuando la gravedad del caso lo requiera se adoptará la infiltración.

En este sentido, la adopción de la intervención de un agente encubierto, se centra en dos aspectos básicos: la gravedad de la conducta criminal (a la que aludiremos en el epígrafe siguiente) y el grado de lesividad que para el Estado supone la existencia y actuación de una organización criminal.

En principio y como punto de partida debemos considerar por organización criminal el conjunto de sujetos que presenta un núcleo mínimo de tres personas que se articulan según un esquema de división de funciones, y que actúa dentro de uno o más Estados mediante la comisión de delitos clasificados como graves¹²⁹. Pero dentro de esta definición, podríamos enmarcar a numerosos entramados para los que no se consideraría necesaria la intervención de un agente encubierto. Por ello, en este epígrafe intentaremos poner de relieve todas aquellas circunstancias que agravan la peligrosidad de la organización criminal.

Antes de comenzar creemos necesario hacer una importante precisión: distinguir la criminalidad organizada de la denominada criminalidad de masas. Es decir, la delincuencia organizada de la asociación para delinquir. La mera agrupación de personas no permanente que sin estructura y sin código de conducta, se asocian para la comisión de determinados ilícitos penales. Para la investigación de este tipo de delincuencia sería desproporcionado la intervención de un agente encubierto pues la misma información se podría obtener mediante otros medios de investigación, menos lesivos y más acorde con la necesidad del caso concreto.

especial gravedad a la organización y por ello resulta posible la autorización de la infiltración policial.

¹²⁹ MILITELLO, *Las propuestas de Normas penales comunes en Europa*. <http://www.iuscrim.mpg.de>. Establece el autor que la gravedad de los delitos será determinada por los Estados miembros. Esto conlleva un grave problema a la hora de la coordinación policial para la investigación de las organizaciones, ya que lo que para un Estado puede resultar una actuación grave para otro puede no serlo.

A) Concepto normativo de organización criminal

Encontrar un concepto unitario de organización criminal puede constituir un arma muy poderosa para luchar contra este tipo de criminalidad. Sobre todo, si en él se reconocen todas las características básicas que pueden ostentar las estructuras criminales, pues en gran medida conseguirían mitigar los perversos efectos que su existencia y actuación provocan para la sociedad y la paz de los Estados.

Pero esto resulta ser una quimera, ya que debemos tener presente la existencia de conceptos dispares de organización criminal de los diferentes ordenamientos jurídicos de Europa¹³⁰. Para ello, comenzaremos estudiando los distintos conceptos que en el ámbito nacional se dispensan de organización criminal, para a continuación examinar qué se entiende por entramado organizativo en las legislaciones de los Estados de nuestro alrededor.

A.1. El concepto de organización criminal en el derecho español

Para comenzar, hay que advertir la pluralidad de conceptos en sus propios textos legislativos. Así, la LECrim, al hilo de la regulación de la infiltración policial establece por organización criminal¹³¹:

¹³⁰ Al respecto, sobre la necesidad de buscar un concepto de organización criminal, GIL DE LA FUENTE, señala los perjuicios que ello conlleva desde el punto de vista legislativo. «La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales», *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 20, 2005, pág. 28. Al respecto, señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, que los factores que se aúnan a la dificultad para encontrar un concepto de organización criminal son varios: en primer lugar, que es un fenómeno relativamente nuevo; en segundo lugar, supone una abstracción mayor de fenómenos criminales tradicionales; y por último, la influencia en los diferentes ordenamientos jurídicos de las realidades nacionales existentes en cada Estado. En «Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis», en SANZ MULAS (Coord.) *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, pág. 39-40.

¹³¹ Con respecto a la definición de organización criminal propuesta por el artículo 282.bis 4 LECrim, ARNARTE BORRALLA establece la composición del concepto. En un primer lugar el elemento *estructural* (así la LECrim no abarcará las meras agrupaciones temporales o estables sino estructuras); un segundo elemento *el finalista*, atinente al objetivo del grupo organizado.

«la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que se enumeran».

Desde nuestro punto de vista, la LECrim centra en dos puntos básicos el concepto de organización criminal: asociación y permanencia o reiteración¹³². Estos factores, son básicos para el concepto de organización criminal¹³³. Sin embargo, no pueden ser considerados como los únicos elementos relevantes para adoptar la infiltración policial. Es decir, tal y como está redactado el artículo 282. bis LECrim, cualquier asociación, incluso de delincuentes comunes, que de manera reiterada traficara con droga, por ejemplo, podría ser considerada organización criminal. Ya pusimos de relieve que la intervención de un agente encubierto debe sujetarse al principio de especialidad o excepcionalidad. Sólo puede adoptarse la infiltración, para la investigación de entramados organizativos más peligrosos o

Y un tercer elemento relativo al requisito temporal, es decir, que la asociación sea para realizar de manera permanente o reiterada. En «Conjeturas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 30-33.

¹³² Establece RESA NESTARES: «que para que exista un caso de crimen organizado deben aunarse ciertos aspectos tanto del grupo involucrado como de las actividades delictivas a las que se dedican. Entre los primeros destaca el hecho de que se reúna un grupo notable de personas al objeto de cometer de manera constante y permanente actos que son catalogados como delitos en la jurisdicción en la que actúan o allí en donde tengas su base. Galvanizando este conjunto de individuos debe existir una estructura jerárquica, una división de tareas, grados de especialización y ciertas reglas (un sistema de premios y castigos) que rigen el comportamiento de la organización y son impuestas de manera coactiva... siendo lo específico del crimen organizado su capacidad para protegerse de manera eficaz frente a quienes retengan su capacidad de acción, ya sea desde grupos criminales rivales o desde el estado». En, *Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias*, <http://www.uam.es>. SEQUEROS SAZATORNIL, «El agente encubierto», en *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*... op. cit., pág. 787.

¹³³ Señala ANARTE BORRALLLO, que los elementos sobre los que se construye la noción de organización criminal son: uno estructural; y el otro finalista. «Conjeturas En el mismo sentido Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites» en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI; VALCARCE LÓPEZ (Dirs), *La cooperación internacional frente a la delincuencia organizada*, Sevilla, 2001, pág. 88.

lesivos pues tal y como afirma HASSEMER, *no se debería disparar con cañones a los gorriones*¹³⁴.

Así, debemos considerar que el concepto que la LECrim proporciona de organización criminal, no responde ni a las estructuras criminales imperantes en los Estados, ni a los parámetros de la proporcionalidad que el Estado de Derecho exige en cuanto a su persecución y represión.

También el Código Penal, define la organización criminal pero hay que tener en cuenta que no pueden considerarse conceptos generales pues se centran en gran medida en ilícitos como el tráfico de droga o delito de terrorismo¹³⁵. En este sentido el artículo 513 del Cp dispone:

«Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración: Las que se celebren con el fin de cometer algún delito; aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso».

Asimismo, el artículo 515 establece las asociaciones ilícitas que tienen la consideración de organización criminal:

«Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada; las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución; las organizaciones de carácter paramilitar; las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello».

Por alguna razón, ni los legisladores de nuestro Estado se han puesto de acuerdo para contextualizar a la organización criminal. Esta situación provoca una gran confusión en las autoridades de persecución penal pues no saben a qué pueden enfrentarse¹³⁶. Y el

¹³⁴ HASSEMER, *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*. en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, núm. 14, 1997.

¹³⁵ ANARTE BORRALLLO, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 28-29.

¹³⁶ En este sentido, establece un informe de la Comisión de estudios e informes del Consejo General del Poder Judicial, que el legislador debería proporcio-

conocer al contrincante en esta lucha por un espacio de libertad y justicia, es de vital importancia para garantizar el éxito. Nos reiteramos al decir que, el Estado de Derecho exige pleno respeto a sus postulados básicos, sobre todo en cuanto al respeto del sistema de garantías, lo que a su vez, requiere absoluto respeto al principio de proporcionalidad en sus investigaciones criminales. Entendemos, que estas exigencias se perjudican cuando no se determina con suficiente precisión el concepto de organización criminal.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial cubre algunas de las lagunas legislativas, al ir precisando, con el paso de los años, las características básicas a las que responde la organización criminal. En este sentido, hay que distinguir dos líneas argumentales. En un primer momento las Sentencias del Tribunal Supremo sólo se referían al concepto amplio de organización criminal según el cual abarca «*todos los supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto para desarrollar una idea criminal*»¹³⁷.

nar una definición autónoma de organización criminal, con la finalidad de poder contribuir a una homogénea persecución y represión de las mismas. CGPJ. Comisión de Estudios e Informes, *Informe sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, 10 de enero de 2003.

¹³⁷ SSTs de 6 de julio de 1990 (Tol 458802); de 18 de abril de 1991 (Tol 455869); de 14 de mayo de 1991 (Tol 454257); de 12 de julio de 1991 (Tol 460193); de 12 de marzo de 1992 (Tol 6470); 12 de febrero de 1993 (Tol 443330); de 17 de marzo de 1993 (Tol 402294); de 3 de mayo de 1994 (Tol 402982); de 18 de noviembre de 1996 (Tol 406060); de 10 de octubre de 1997 (Tol 408176). Además establecen que lo único exigible es que *el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización*. La Sentencia de 10 de junio de 2008 (ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), se refiere a organización criminal como: *el que varias personas programen un proyecto o propósito para desarrollar una idea criminal sin que sea preciso una ordenación perfecta. La organización implica así una multiplicación de los efectos gravísimamente nocivos de esta delincuencia porque el número y grupo potencia las posibilidades de realización de la actividad delictiva y por el cierto sentido de protección recíproca que el actuar de forma grupal significa.../ con un plan previamente concertado y dirigido, a veces, por personas que no participan necesariamente en los actos directos.../ con estructura jerárquica y cierta permanencia*.

Posteriormente, el concepto de organización criminal, se fue precisando. Así, la doctrina del Tribunal Supremo fue otorgando al concepto, las características que la propia naturaleza de la institución merecen como por ejemplo: el empleo de medios idóneos; una cierta jerarquización; la distribución de cometidos y una cierta supervisión; la continuidad temporal del plan, más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelincuencia; y el empleo de medios de comunicación no habituales¹³⁸. En el mismo sentido, se pronuncia la Fiscalía General del Estado, al determinar que existirá delincuencia organizada cuando concurren los siguientes requisitos: pluralidad de personas; estructuración, establecida normalmente mediante la existencia de una jerarquía y de una división funcional; vocación de cierta permanencia temporal; y actuación concertada¹³⁹.

Desde el punto de vista doctrinal, son muchos los autores que han proporcionado un concepto de organización criminal dotándolo de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos¹⁴⁰.

¹³⁸ Vid. SSTs de 8 de febrero de 1991 (Tol 457359); de 24 de junio de 1995 (Tol 405093); 12 de noviembre de 1996 (Tol 406101); de 6 de abril de 1998 (Tol 238781); de 10 de junio de 1999 (Tol 272281); de 18 de octubre de 2006 (Tol 1006861).

¹³⁹ Instrucción 4/2006, sobre atribuciones y organización de la fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada.

¹⁴⁰ HERRERO HERRERO, *Criminología: (Parte general y Especial)*... op. cit., pág. 477. CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*... op. cit., pág. 9. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Policía y criminalidad organizada», en *La coordinación de las Policías*, Colex, Madrid, 2003, pág. 28-29, establece las notas básicas que debe tener toda organización criminal: «*La existencia de al menos tres personas; un reparto de tareas o de funciones; la obtención de beneficios o el control de territorios; el uso de la violencia o intimidación; la corrupción relacionado con el quehacer delictivo y transnacional*. LÓPEZ BARJA *que una organización criminal implica una agrupación de al menos tres personas que actúe de forma estructurada, mediante un sistema de división de funciones, en uno o más países de la Unión Europea, para la realización de delitos considerados graves*. En «Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado», en

La incertidumbre a la que nos enfrentamos, puede reducirse si tenemos en cuenta la labor de análisis realizada por el Cuerpo Nacional de Policía llevando a cabo el *Cuestionario sobre delincuencia organizada*, del que se ha deducido la existencia de unos indicadores mínimos, que se han de dar en todos los grupos organizados para someterlos a su consideración. Estos indicadores mínimos son: la participación de dos o más personas; el reparto de tareas; actuación por un período de tiempo prolongado o indefinido; la utilización de algunas formas de disciplina y control; sospecha racional de la comisión de delitos que, por si solos o de forma global, sean de importancia considerable; la operatividad a nivel interprovincial o internacional; empleo de la violencia o la intimidación; uso de estructuras comerciales o de negocio; actividades de lavado de dinero; uso de la influencia en la política, los medios de comunicación, las administraciones públicas, las estructuras judiciales y policiales, y en la economía; y para finalizar, la búsqueda de beneficio o de poder¹⁴¹. Será necesario, por tanto, que nos encontremos ante una estructura asociativa criminal cohesionada, de dimensiones suficientes para provocar peligros tales como, la desestabilización del Estado de Derecho, inseguridad ciudadana, y otros que se atribuyen a la criminalidad organizada, que son los que justifican la utilización de esta medida especial o excepcional como son las operaciones encubiertas¹⁴².

CGPJ, volumen dedicado a *La criminalidad organizada. aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, 2001.

¹⁴¹ DE MIGUEL BARTOLOMÉ, «Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada», En GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (Director), *La criminalidad organizada ante la Justicia*. Universidad de Sevilla, y UIMP, Sevilla, 1996, pág. 137-139. Establece el autor que si se dan todos los indicadores estamos ante una verdadera organización criminal. A medida que alguno de los indicadores falten serán organizaciones de menor entidad. Por su parte, MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada...* op. cit., pág. 19 y ss, hacen mención a estos 11 indicadores y señalan que para que exista una organización criminal es preciso que al menos se den cuatro de ellos, como criterios de concurrencia obligatoria (más de dos personas, actuación prolongada en el tiempo, sospecha de que hayan cometido delitos graves y búsqueda de beneficio y poder).

¹⁴² ARNARTE BORRALLÓ, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada»,... op. cit., pág. 33.

En definitiva, la existencia de una organización criminal requiere de manera obligada, la colaboración de tres o más personas; la actuación prolongada o indefinida en el tiempo; la comisión de conductas tipificadas como graves; y la persecución de beneficio y/o poder¹⁴³. La peligrosidad de estas organizaciones, irá incrementando conforme se analicen su condición estructural, el código de conducta a la que sus integrantes se ven sometidos, el uso de la violencia, influencia política y/o económica¹⁴⁴, ámbito de actuación. Características que desarrollaremos con posterioridad.

A.2. El concepto de organización criminal en el derecho comparado

La mayoría de los ordenamientos jurídicos, como España, no establecen un concepto claro de organización criminal, aunque condenan la participación de pertenencia a asociaciones ilícitas. No obstante, diferencian entre la asociación con fines políticos o dirigidas a la comisión de delitos contra el Estado y la asociación de personas para delinquir propia, de la delincuencia común¹⁴⁵.

No obstante, algunos ordenamientos como Austria, Suiza, Bélgica y Estados Unidos, entre otros, han regulado de modo específico el concepto de organización criminal.

El ordenamiento austriaco¹⁴⁶, caracteriza la organización criminal como la asociación de un número elevado de personas, organizadas

¹⁴³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada...* op. cit., pág. 33. SCHNEIDER, «Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 723.

¹⁴⁴ FOFFANI, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», en *Revista Penal*, núm., 7, 2001, pág. 55 y ss.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Función político-criminal del delito de asociación criminal: desde el Derecho Penal político a la lucha contra el crimen organizado»... op. cit., pág. 653.

¹⁴⁶ § 278a del Código Penal Austriaco: «Wer eine auf längere Zeit angelegte unternehmensähnliche Verbindung einer größeren Zahl von Personen gründet oder sich an einer solchen Verbindung als Mitglied beteiligt: 1. die, wenn auch nicht ausschließlich, auf die wiederkehrende und geplante Begehung schwerwiegender strafbarer Handlungen, die das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder das Vermögen bedrohen, oder schwerwiegender strafbarer Handlungen im Bereich der sexuellen Ausbeutung von Menschen, der Schlepperei oder des unerlaubten Verkehrs mit Kampfmitteln,

bajo la estructura similar a una empresa y concertadas por un largo tiempo y que se hallen en condiciones de cometer delitos especialmente graves contra la vida, la integridad sexual, el tráfico de inmigrantes ilegales, el tráfico de armas, ect... además se exige que persigan beneficio económico y/o ganar las influencias políticas y que se busque corromper o intimidar a otros para eludir la acción de la justicia.

Consideramos que este concepto refleja, en gran medida, las peculiaridades típicas de las organizaciones criminales. Sobre todo, si atendemos a la posible intervención de un agente encubierto, creemos que, este concepto reúne los parámetros de proporcionalidad exigidos para que intervenga un medio de investigación altamente agresivo para el sistema de garantías pues se responde a las pautas criminales más violentas, previendo la corrupción en el sector público y la persecución de poderes económicos y político de los agresores.

La regulación de organización criminal que ofrece el ordenamiento suizo, es más genérica y en ningún caso responde a las características básicas de la organización criminal. En nuestra opinión, es más pareja a la que el legislador español dispone en el artículo 282. bis 4. En este sentido, se entenderá que una organización es calificada de criminal, cuando mantiene en secreto su estructura interna y composición personal y además, persigue la comisión de crímenes violentos y el enriquecimiento mediante estas conductas.

En Bélgica, la organización criminal es la asociación de dos o más personas, establecidas en el tiempo para cometer de modo concertado delitos con penas de al menos 3 años, con el fin de obtener ventajas patrimoniales, maniobras fraudulentas o el recurso a estructuras comerciales o de otro tipo para disimular o facilitar la comisión de las infracciones¹⁴⁷.

Kernmaterial und radioaktiven Stoffen, gefährlichen Abfällen, Falschgeld oder Suchtmitteln ausgerichtet ist; 2. die dadurch eine Bereicherung in großem Umfang oder erheblichen Einfluß auf Politik oder Wirtschaft anstrebt und; 3. die andere zu korrumpieren oder einzuschüchtern oder sich auf besondere Weise gegen Strafverfolgungsmaßnahmen abzuschirmen sucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. § 278 Abs. 4 gilt entsprechend».

¹⁴⁷ Artículo 324 bis del Código Penal Belga. En el precepto se excluyen todas aquellas manifestaciones cuyo objetivo sea de orden político, sindical, filosófico, religioso...

El ordenamiento francés, considera por organización criminal, la agrupación formada para la comisión de uno o varios hechos materiales, de uno o varios crímenes o delitos castigados con al menos cinco años de prisión. La prescripción dispuesta en el Código penal francés sobre la delincuencia organizada viene impuesta por el aumento de la alarma social¹⁴⁸.

En el ámbito de la Unión Europea, en tanto en cuanto a los Estados individualmente considerados, no se encuentra uniformidad en los conceptos, pues en algunos casos se perseguirá la comisión de delitos, en el caso belga, con penas de hasta tres años y en el caso francés con penas de al menos cinco años. En este sentido, se hace más difícil la persecución de las organizaciones criminales sobre todo cuando es necesaria la cooperación y coordinación de los servicios policiales de los diferentes Estados miembros.

En el caso italiano, la cosa se complica algo más, en tanto en cuanto la tradición literaria indica que el origen de las organizaciones criminales se ubica en Italia con las *associazione di tipo mafioso*¹⁴⁹. Y en este sentido, el Código Penal Italiano, distingue entre las asociaciones per delinquere, de las asociaciones de stampo mafioso¹⁵⁰. La distinción, se ubica en las notas de intimidación, la actuación

¹⁴⁸ BERNARDI, «La disciplina prevista dal nuovo Codice Penale Fancese in tema di criminalità organizzata», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fascículo 3, julio-septiembre, 2000, pág. 995 y ss.

¹⁴⁹ ALEO, establece que el concepto de associazione di tipo mafioso, es producto de una evolución, de la transformación de la associazione per delinquere. la asociación de tipo mafiosos, se caracteriza, según el autor, por la violencia, la intimidación, el control social En «La definizione Della criminalità organizzata nella prospettiva internazionalistica i problema metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico», *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione Della criminalità organizzata e del terrorismo*, DOTT. A. GUIFFRÉ EDITORE, Milano, 2005, pág. 175-177.

¹⁵⁰ ARGIRÒ, «Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del consorzio esterno ne reato di associazione di stampo mafioso», en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Fascículo 3, julio-septiembre 2003, pág. 769-781. La característica básica de estas organizaciones criminales es la comisión de delitos pluriofensivos en el que no solo se ataca al orden público sino también a la libre competencia en el mercado económico, el orden democrático y el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Además se señalan como características internas el consorcio necesario de personas, la disciplina a la que los integrantes están sometidas y las propias funciones en la organización.

bajo la ley del silencio y la obtención de beneficio que se traduce en el control de las actividades económicas y del servicio público.

Por otro lado, ya fuera de las fronteras europeas, en EEUU, se entiende por organización criminal, cualquier grupo que tiene cierta estructura formalizada y cuyo objetivo principal es la obtención de beneficio económico con actividades ilegales. Tal y como señala el Federal Bureau of Investigation (en adelante FBI) tales grupos mantienen su posición con el uso de la violencia real o amenazada, los funcionarios corruptos y la extorsión, generando gran miedo en los ciudadanos de aquellas regiones donde actúan¹⁵¹.

En definitiva, todos los conceptos tienden a definir la organización criminal como: una agrupación de personas (en algunos derechos se exige la concurrencia de tres personas y en otros de dos), con una estructura permanente que tiene la finalidad de cometer delitos graves (en algunas ocasiones se refieren a delitos concretos y en otras se remite al marco punitivo en abstracto del delito), y con el objetivo de obtener beneficio económico y poder (sin especificar si es el sector público donde desean obtener la cotas de poder, en el sector privado o en ambos). Viendo la pluralidad de definiciones existentes, debemos reiterar el gran perjuicio que eso causa a la sociedad, pues esto sólo genera que los integrantes de las diversas organizaciones existentes, y en especial los «hombres de atrás» eviten la acción de la justicia, sobre todo, si tenemos en cuenta, la infraestructura con la que se dotan que les permite gran movilidad geográfica, en contra de las autoridades de persecución penal que ven limitadas sus potestades, en gran medida, por la falta de homogeneización en las legislaciones.

A.3. El concepto de organización criminal en el plano internacional

La comunidad internacional no se puede mostrar indiferente a un tema tan preocupante para los gobiernos de los diferentes Estados como es, la existencia y actuación de las organizaciones criminales. Además, su expansión vertiginosa y la actuación transnacional e internacional que afecta a más de un Estado individualmente conside-

¹⁵¹ Información recopilada en <http://www.fbi.gov/hg/cid/orgcrime/glossary.htm>.

rado, junto con la descoordinación de las diferentes legislaciones, ha provocado que los organismos tanto internacionales como europeos, se pongan en marcha para elaborar unas directrices comunes de procedimiento, y en lo que ahora nos interesa, un concepto de organización criminal que permita la eficaz lucha de este fenómeno.

En este sentido, en el seno de la Unión Europea, el Consejo ha adoptado una Acción Común de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea¹⁵², en el que se define la organización criminal como: *una asociación estructurada de más de dos personas, establecidas durante un cierto período de tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años¹⁵³ como mínimo o con una pena aún más severa, con beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.*

Con esta definición, se pretende llegar a un enfoque común en los diversos Estados, además de asegurar su persecución con independencia del Estado donde se concrete la organización o donde ejerza su actividad ilícita. En cuanto a los delitos a que se refiere el precepto antes enunciado, dice el párrafo dos que incluyen los delitos enumerados en el Convenio Europol¹⁵⁴.

En cuanto al elemento numérico de la organización criminal, convenimos en que todas las legislaciones y referencias europeas al

¹⁵² DOCE L 351 de 29 de diciembre de 1998.

¹⁵³ En este sentido, hay que advertir que en la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, se establece que darán lugar a la aplicación de la orden de detención europea, un elenco de delitos siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años. En este sentido, debería existir una coordinación en los delitos.

¹⁵⁴ Los delitos que se enumeran en el Convenio Europol son: terrorismo; el tráfico de drogas; el tráfico de seres humanos; las redes de inmigración clandestina; el tráfico ilícito de materias radiactivas y nucleares; el tráfico de vehículos robados; la lucha contra la acuñación de monedas falsas y la falsificación de medios de pago; el blanqueo de dinero (excepto infracciones primarias).

respecto, señalan al coincidir que para determinar la existencia de una organización criminal es necesario al menos un mínimo de tres personas. No obstante, en este tema insistiremos al hilo del estudio de las características básicas de la organización criminal.

En el año 2001, el Comité de Ministros, elaboró una definición formal de grupo criminal organizado, plasmada en la *Recomendación (2001) 11 sobre principios directrices en la lucha contra el crimen organizado*¹⁵⁵. En el concepto de grupo organizado se señalan cuatro características básicas que son: grupo estructurado de tres o más personas; prolongación en el tiempo; comisión de ilícitos graves; y obtención o búsqueda, directa o indirecta, de beneficios económicos y/o de poder.

Parece imprescindible, la búsqueda u obtención de beneficio económico y/o de poder para considerar la existencia de una organización criminal. Esto demuestra que a lo largo de los años, la actuación de las organizaciones criminales ha generado situaciones de corrupción pública, al mismo tiempo, que un metasistema económico que permita convertir en lícitas todas las ganancias provenientes de las conductas delictivas, generando, por tanto, un debilitamiento en la sociedad, instituciones públicas y sistemas financieros de los diferentes Estados.

Igualmente, en el seno de la Unión Europea y como consecuencia de los atentados terroristas acaecidos el 11 de septiembre de 2001, se debe destacar la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo¹⁵⁶. El concepto ofrecido en este documento es de importancia porque el delito de terrorismo es la forma de crimen organizado más peligrosa que puede existir contra las sociedades democráticas. No obstante, no podemos olvidar otras conductas delictivas igual de reprochables y graves como el tráfico lícitos de personas; el tráfico de órganos; el tráfico de armas nucleares...

¹⁵⁵ Vid., <https://wcd.coe.int/com>. Señala la Recomendación primera: «l'expression «groupe criminel organisé» désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou matériel».

¹⁵⁶ Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo [DOCE L164 de 22 de junio de 2002] <http://www.europa.eu.int>.

Con este documento del Consejo se pretende introducir una definición común del delito de terrorismo en el ámbito de la Unión Europea, pero además, ofrecer una definición de grupo criminal que debería ser común para todos los Estados: *se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada*.

El deseo de la homogeneización europea, no puede entenderse solucionado con esta definición, sobre todo porque la única exigencia que establece es la preexistencia en el tiempo de cometer la conducta delictiva. Ni siquiera, exige una estructura, número de miembros o permanencia de la organización. Quizás esta decisión fue producto de la desesperación ante los ataques terroristas que sufrieron los EEUU., En cualquier caso este concepto, resulta desafortunada a los efectos que aquí nos interesan pues la única característica que revelan es que la preparación de la conducta delictiva y no que su comisión no suponga la reunión esporádica de personas para perpetrar una acción terrorista.

En su afán de conseguir la unificación del concepto de crimen organizado y, a sabiendas, de que éste es el primer paso para la eficaz lucha contra el mismo, el Consejo de la Unión Europea ha adoptado la Decisión Marco 2008/841/JAI de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra el crimen organizado, debiendo ser de aplicación en los diferentes Estados miembros antes de 11 de mayo de 2010¹⁵⁷. Según el texto de la Decisión, debe entenderse por organización delictiva: *una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*. Siendo necesario, tal y

¹⁵⁷ Publicada en DOCE L300 de 11 de noviembre de 2008 <http://www.europa.eu.int>. Al respecto, Vid. SANZ HERMIDA, «La lucha contra la delincuencia organizada: la Decisión Marco 2008/841/JAI, del Consejo, de 24 de octubre», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009. <http://www.iustel.com>

como se desprende de la definición de asociación estructurada, que la organización tenga vocación de permanencia y no se haya formado fortuitamente para la comisión inmediata de un determinado delito.

Según esta definición, podemos encuadrar dentro del concepto de crimen organizado a las organizaciones de carácter terrorista ya que la Decisión no limita el concepto de organización criminal a la obtención de un beneficio económico sino que lo amplía a cualquier beneficio material.

Otro de los importantes logros, tal y como se desprende del artículo segundo de la Decisión Marco, es el determinar como conducta delictiva, la pertenencia a una organización criminal, sin referirse simplemente, por participación activa, a la comisión de un hecho tipificado como delito sino que abarcaría la facilitación de información o de medios materiales, reclutamiento de nuevos participantes y financiación de las actividades de la organización. Esta circunstancia, debe considerarse un importante avance para la armonización de las legislaciones cuya única finalidad es la eficaz lucha contra el crimen organizado.

En el seno de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre del año 2000, la Asamblea General, adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Dicho Convenio define la organización criminal del siguiente modo:

«el grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material»¹⁵⁸.

En cierta forma, de todos los conceptos ofrecidos hasta ahora, podemos concluir que para que a un grupo de personas se le dote de la consideración de organización criminal tiene que reunir una serie de requisitos básicos que se centran en la asociación de al menos tres personas, la existencia de una estructura criminal, aunque ninguno

¹⁵⁸ Esta definición se encuentra en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [http://www.onu.org].

de ellos hace alusión al tipo de estructura, la comisión de delitos graves y la obtención de beneficios económicos y/o de poder¹⁵⁹.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el Derecho penal y el derecho procesal penal son las armas más poderosas con las que cuentan los Estados para hacer frente a la criminalidad organizada¹⁶⁰, sería conveniente que se establecieran, aun de forma genérica, los parámetros mediante los que tienen que medir cuestiones como, por ejemplo, qué debe entenderse por conducta criminal grave¹⁶¹.

No obstante, además de las características genéricas existen una serie de puntos que incrementarían el perjuicio de la existencia y actuación de la organización frente a las sociedades. Por ejemplo, la transnacionalidad o internacionalidad. Esta circunstancia solo hace incrementar los efectos negativos en las instituciones de diferentes Estados. No significa, que la organización pueda considerarse más peligrosa que las nacionales pero sí la expansión de sus efectos.

Por ello, junto con la asociación de personas estructuradas, con cierta estabilidad y permanencia, las características que definen al crimen organizado son la complejidad de la estructura, la gravedad en sus acciones criminales y la corrupción para garantizar sus objetivos.

A continuación, pasaremos a analizar las características básicas de las organizaciones criminales tanto las obligatorias como las adicionales que pueden referirse a la estructura, al control interno, a la

¹⁵⁹ A este respecto hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas [DOCE L 195 de 2 de agosto de 2003]. En el ordenamiento jurídico español, esta Decisión Marco ha sido introducida mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 20 de noviembre de 2008 sobre los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso» COM (2008) 766 final.

¹⁶⁰ TIEDEMANN, «El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista»... op. cit.

¹⁶¹ Entendemos que debía procederse a la enumeración de conductas delictivas más que a señalar un marco penal en abstracto, pues téngase en cuenta que los hechos delictivos son regulados de forma diferente en las diferentes legislaciones.

utilización de violencia, infiltración en las instituciones del Estado, la expansión territorial, etc.

Pero antes debemos aclarar que sólo hemos pretendido ofrecer el concepto de organización criminal en sentido genérico. Nos queda determinar cuáles de las características son básicas para que un Estado acuerde la autorización de una infiltración policial, en tanto en cuanto, las sociedades democráticas no pueden tolerar la intervención de un agente encubierto para la investigación de cualquier organización criminal sino sólo para aquellas que reviste un alto grado de violencia o para aquellas otras en que los medios tradicionales de investigación no son suficientes para obtener información que constituyan prueba de cargo contra los integrantes de la organización criminal¹⁶².

B) Características básicas de la organización criminal

Teniendo en cuenta el concepto de organización criminal, pasaremos a explicar las notas que definen a estos grupos criminales. Al

¹⁶² Haciendo referencia al ordenamiento español, consideramos que no todas las conductas delictivas que el legislador ha previsto en el artículo 282.bis 4 LECRim pueden dar lugar a la infiltración policial pues no todas ellas revisten la gravedad que necesariamente debe ser exigida. Por ello, necesitaremos otras notas definitorias de la organización criminal para entender la verdadera relevancia del agente encubierto en la investigación de este modo, deben tenerse en cuenta factores como el impacto social, de carácter negativo, que puedan causar en la sociedad, la peligrosidad que generen con sus actuaciones y por su puesto la influencia que puedan ostentar en el poder público. Desde otra perspectiva, deben tenerse en cuenta factores como la complejidad de la estructura pues de ella también dependerá la articulación de la infiltración policial, la violencia interna o externa a la que estén sometidos los integrantes de la organización así como la sociedad misma, etc. Por ello, aunque el legislador haya dispuesto una regla de uso general, los principios en los que se inspira el Estado de Derecho, no puede admitir la utilización relajada de este medio de investigación tan agresivo para el sistema de garantías ya que su utilización es arriesgada (por el uso del engaño) y compromete muy de cerca los derechos fundamentales a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el derecho de defensa, pues en cuyo caso, el Estado utilizará de manera desproporcionada. Esto supone que la medida tenga que estar sujeta a determinados presupuestos y un fuerte control sobre todo en los requisitos que deben tener las organizaciones objeto de investigación.

mismo tiempo que iremos señalando cuáles de esas notas son las que infieren la necesidad de acudir a la técnica de la infiltración policial para su investigación y se correspondan con la estructura, la gravedad de la conducta delictiva o la influencia en el poder público.

La criminalidad organizada, se caracteriza por el canal a través del cual comete las infracciones penales puesto que además de los fines ilícitos que persigue, se caracteriza, sobre todo, por los medios empleados, y uno de los más relevantes es, sin duda, la corrupción¹⁶³.

Así, para poder determinar la existencia de una organización criminal es imprescindible la concurrencia de determinadas características: en primer lugar, la asociación estructurada de tres o más personas; en segundo lugar, la existencia durante cierto tiempo, de lo que se desprende el ánimo de reiteración en la actividad delictual organizada; en tercer lugar, la gravedad de su actuación; y por último, la obtención de un beneficio económico, es decir, la existencia de un ánimo lucrativo¹⁶⁴. Sin perjuicio de la existencia de otras que

¹⁶³ JIMÉNEZ VILLAREJO, «Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal», en Estudios de Derecho Judicial, volumen sobre *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, editado por el CGPJ, Madrid, 1997, pág. 62.

¹⁶⁴ Estos puntos característicos también han sido puestos de relieve por HERRERO HERRERO, *Criminología...* op. cit., pág. 477. Según el autor para la delincuencia organizada será aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y la coacción con relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos. Para BLANCO CORDERO; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, el crimen organizado, es aquel cometido por un grupo de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poderes, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional. En «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio...» op. cit., pág. 3. El Grupo de Trabajo de Drogas y delincuencia organizada de la Unión Europea, ha definido la organización criminal a través de 11 indicadores, entendiéndose que deben darse un número mínimo de indicadores: 1.- participación de más de dos personas;

favorezcan la actuación de la organización criminal y la alarma social que genera su existencia (como por ejemplo, la división de trabajo y función en la organización; la fungibilidad de los integrantes situados en escalas inferiores del entramado; el empleo de nuevas tecnologías; el uso de la violencia).

Hay que hacer hincapié en que la creación de una estructura organizada de poder con la finalidad de cometer delitos, supone un incremento significativo de los peligros contra los bienes jurídicos protegidos en un Estado de Derecho¹⁶⁵.

Dentro de los elementos que incrementan el daño ocasionado por las organizaciones en los Estados de Derecho nos encontramos los relativos al ámbito territorial de su actuación que sólo hacen incrementar los lugares en los que se expanden sus efectos negativos y favorecer a que los verdaderos responsables de la organización, los denominados «hombre de atrás», queden impunes a la acción de la justicia. Esto no significa que las organizaciones criminales de ámbito nacional sean menos graves, sino tan sólo que la transnacionalidad o internacionalidad supone un *handicap* en su persecución y represión, y por ello la justicia debe ir adaptándose a esta nueva circunstancia¹⁶⁶.

Por tanto, podemos distinguir organizaciones criminales internacionales u organizaciones criminales transnacionales. Las primeras, son aquellas organizaciones que extienden su actuación en el territorio de varios Estados. En cambio, las transnacionales, son aquellas que buscan la cooperación de diversas organizaciones que actúen en diferentes Estados para gestionar eficazmente determinados merca-

2.- reparto de tareas; 3.- actuación por un período de tiempo prolongado; 4.- utilización de alguna forma de disciplina o control; 5.- sospecha racional de la comisión de delitos; 6.- operatividad a nivel internacional; 7.- Empleo de la violencia o la intimidación; 8.- usos de estructuras comerciales o de negocio; 9.- actividades de lavado de dinero; 10.- uso de la influencia en la política; 11.- búsqueda de beneficios de poder. DE MIGUEL BARTOLOMÉ, «Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada»,... op. cit., pág. 137-139.

¹⁶⁵ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»,... op. cit., pág. 94 y ss.

¹⁶⁶ En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado»... op. cit., pág. 66.

dos criminales, como puedan ser el tráfico de droga, de armas, etc¹⁶⁷. Esta circunstancia, conlleva una desventaja para el Estado que no sólo desconoce el *modus operandi* de la organización, sino en muchas ocasiones el lenguaje de sus integrantes. Además, el reparto de tareas ya no se realizará en una misma organización y en el territorio de un solo Estado. La cooperación entre organizaciones, hace más difícil su persecución y, por ello, es necesario abogar por la cooperación entre las fuerzas y cuerpos de seguridad de los diferentes Estados para lograr una eficaz prevención y represión de las conductas¹⁶⁸, ya que la criminalidad organizada deja de ser un fenómeno o problema interno de cada Estado para pasar a un problema que afecta a la seguridad del conjunto de la comunidad aunque sea de manera indirecta.

En cuanto a las organizaciones criminales de origen español, y que tienen su centro principal de actuación en España, debemos mencionar a las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes (aunque también pueden actuar en el capo de la falsificación de documentos, blanqueo de dinero, robos, tráfico de personas¹⁶⁹) que ejerce, sobre todo,

¹⁶⁷ No obstante, el carácter internacional o transnacional no siempre va unido a la delincuencia organizada puesto que basta con que el hecho antisocial propague sus efectos a más de un Estado o se adquiera la colaboración de alguien para delinquir en el territorio de varios Estados. Este hecho no puede ser considerado delincuencia organizada, por ejemplo, el tráfico de estupefacientes llevados a cabo por dos personas de diferentes países sin que pertenezcan a una asociación ilícita. HERRERO HERRERO, *Criminología*... op. cit., pág. 481.

¹⁶⁸ La lucha contra la delincuencia sin fronteras no puede ser combatida eficazmente por organizaciones policiales cuyo ámbito competencial permanece férreamente anclado en la delimitación territorial dentro de las fronteras nacionales. SANSÓ-RUBERT, «La internacionalización de la delincuencia organizada: Análisis del fenómeno»... op. cit. pág. 55.

¹⁶⁹ En España, tenemos un gran ejemplo de ello, la banda terrorista ETA. Esta banda, normalmente, actúa en solitario sin ayuda o cooperación de otras organizaciones. No obstante, en los últimos tiempos la ha cambiado el modo de actuar ya que según un confidente de la *camorra napolitana*, un militante de la banda terrorista española venderles droga a cambio de armas [La Razón digital de 16 de septiembre de 2002]. Más reciente parece la noticia de El Mundo (versión digital de 26 de enero de 2006): *Detenidos dos miembros de ETA acusados de pagar armas con droga a un 'capo' mafioso*. Un arrepentido de la mafia napolitana identificó a uno de ellos ante las autoridades judiciales italianas. Además ETA actúa de manera coordinada en el territorio de más de un Estado (Francia- España). Y en este sentido, hay

en la comunidad gallega, en la costa levantina o en la costa del Sol. Según el Informe de Europol del año 2003, las organizaciones españolas se asocian, en el ámbito de la Unión Europea, con grupos italianos, portugueses, franceses, alemanes, británicos y neerlandeses¹⁷⁰.

Existen otros factores, que dificultan aun más la lucha contra esta delincuencia no convencional. Así, las eficaces técnicas de gestión, la elevada complejidad a nivel organizativo, el uso de tecnologías punta, la estructuración y división del trabajo de que se caracterizan¹⁷¹, demuestran la ineficacia de los tradicionales sistemas implantados, que debe llevar a buscar e implantar nuevos métodos que permitan, además, de una mejor investigación la cooperación internacional de FFCCSS y la coordinación y armonización de los sistemas penales y procesales de los Estados^{172, 173}.

que recordar las operaciones coordinadas de la policía de ambos Estados llegando a formar equipos conjuntos de investigación.

¹⁷⁰ Esta circunstancia nos lleva a determinar que la internacionalización o transnacionalización de las organizaciones criminales solo supone un factor que incrementa el riesgo de las sociedades democráticas, la paz y la libertad de los ciudadanos pero que en ningún caso esta nota supone que las organizaciones criminales no sean perjudiciales o lo sean menos, el nivel de violencia o perjuicio no se puede medir por la expansión territorial en la actuación de la organización criminal.

¹⁷¹ En este sentido se pone de relieve que el problema fundamental en torno a la desarticulación de las organizaciones criminales, proviene de la alta jerarquización con la que se organizan existiendo un jefe, mandos intermedios y operadores de bases siendo estos últimos a los que se les imputan la comisión de las acciones delictivas. Esto conlleva a que los encargados de las organizaciones eludan la acción de la justicia sin ningún obstáculo. ANDRADE SÁNCHEZ, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pág. 18 <http://www.bibliojuridica.org>.

¹⁷² DÍAZ COLORADO, *El crimen organizado*, <http://www.psycologia.com/articulos/ar-fdiaz01.htm>. Establece el autor que la delincuencia organizada, *estructuran su actividad con la división del trabajo y la especialidad de la mano de obra*.

¹⁷³ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*... op. cit., pág. 9. El autor establece las condiciones que a su modo de ver deben concurrir en los entramados organizativos: 1) la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones; 2) la actuación a distintos niveles jerárquicos; 3) la aplicación de la tecnología y logística; 4) fungibilidad de los miembros del entramado que actúan en niveles inferiores; 5) sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder;

A continuación, pasaremos a analizar cada una de las características de manera individualizada y como pusimos de relieve al comienzo de la exposición, determinaremos cuáles de ellas son realmente necesarias para la intervención del agente encubierto¹⁷⁴.

B.1. Asociación de personas

Para poder estimar la existencia de una organización criminal es necesario la asociación de personas. La totalidad de los ordenamientos jurídicos tienden a determinar la necesidad de, *al menos 3 personas*, que de manera reiterada lleven a cabo la comisión de determinados lícitos penales.

Entonces, para que exista una organización criminal es necesaria, en primer término, la existencia de *tres* personas como mínimo. La existencia de sólo dos personas, en nuestra opinión, no resulta suficiente para constituir un verdadero entramado criminal debido a la estructura de la misma o la división de funciones de los integrantes de la organización. Es evidente, que una sola persona no puede constituir una verdadera organización criminal.

Así, para su constitución en organización criminal, es necesaria la existencia de al menos tres miembros¹⁷⁵. No obstante, desde el

6) movilidad internacional; 7) apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios. Con términos similares se pronuncia DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El Agente encubierto»... op. cit., pág. 95 y ss. ALONSO PÉREZ; NÚÑEZ PAZ, *Nociones de criminología*, Colex, Madrid, 2002, pág. 230. GARRIDO; STANGELAND REDONDO, *Principios de criminología*,... op. cit., pág. 635, estos autores señalan que las organizaciones criminales suponen la existencia de un grupo con *reglas de actuación*.

¹⁷⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Policía y criminalidad organizada»... op. cit., pág. 30, establece las características que se barajan en los foros internacionales para elaborar un concepto de delincuencia organizada: la existencia de al menos *tres personas*; reparto de tareas o de funciones; la obtención de beneficios o el control de territorios; el uso de la violencia o la intimidación; la corrupción para conseguir sus criminales propósitos; transnacionalidad; permanencia en el tiempo o prolongación de la actividad; gravedad de la actividad delictiva.

¹⁷⁵ En este sentido, refiere URIARTE VALIENTE que cuando se hable de organización se deberá hacer siempre referencia a más de una persona, no existiendo obstáculo literal alguno, para considerar la organización a la re-

punto de vista de la existencia o constitución no es relevante la presencia de un número indeterminado de integrantes. Ahora bien, es evidente que la perseguibilidad de la organización criminal, se dificulta a mayor número de miembros en una organización pues es más difícil llegar a los verdaderos responsables, es decir, a la cúpula de la organización, y por supuesto se disminuye la probabilidad de la desarticulación total de la misma.

Esta asociación de personas, tiene que reunir, a su vez, una serie de características: en primer lugar, es necesaria la permanencia en el tiempo de la asociación y la coexistencia a la comisión del delito. Es decir, no es organización criminal la asociación de personas que se unen de manera ocasional para la comisión de delitos, sino que se requiere una cierta permanencia en el tiempo y estabilidad¹⁷⁶.

Junto a la estabilidad, la asociación de personas tiene que actuar de manera reiterada. Este, es un requisito clave para considerar organización criminal la asociación de personas reunidas con la única finalidad de ejecutar determinadas conductas delictivas. La reiteración tiene que ser determinada en la acción.

B.2. Disposición de medios materiales y personales: sofisticación

Otro de los factores que caracterizan a las organizaciones criminales, es la tecnología y la sofisticación a la hora de actuar. Esta circunstancia, genera que el Estado siempre vaya un paso por detrás de las organizaciones criminales y que los grupos criminales, por su parte, aprovechen esta iniciativa política así como los cambios jurídicos o progresos tecnológicos¹⁷⁷.

unión de dos personas, aunque como regla general, será la concurrencia de más de dos lo que sea necesario «organizar». En «Delincuencia organizada a través de Internet»... op. cit., pág. 22.

¹⁷⁶ Evidentemente, estas organizaciones necesitan también de recursos económicos para financiar su existencia y actuación. Lo habitual será que las organizaciones se autofinancien mediante las conductas delictivas.

¹⁷⁷ En cuanto a los avances tecnológicos, señala URIARTE VALIENTE que las actividades delictivas se dejan influenciar con mayor intensidad por las ventajas y posibilidades que proporciona la informática en general e Internet en particular. En este sentido, han ido apareciendo tanto nuevas actividades delictivas surgidas expresamente de las nuevas tecnologías co-

Se puede decir que los grupos organizados son, los primeros y máximos beneficiarios de las nuevas tecnologías que le permiten encubrir sus delitos y a los delincuentes. De este modo, los avances en telecomunicaciones, en transporte, el desarrollo del ciberespacio, ha proporcionado enormes oportunidades y un amplio escenario de actuación a los grupos criminales. No obstante, es necesario hacer una importante puntualización sobre la facilidad que ofrecen las nuevas tecnologías en el desarrollo de las actividades criminales organizadas. En este sentido, debemos diferenciar las organizaciones que utilizan las nuevas tecnologías para hacer más efectivas sus actividades delictivas; de aquellas otras, dedicadas a desarrollar comportamientos delictivos específicos a través de Internet¹⁷⁸.

Un ejemplo del beneficio que le reporta a las organizaciones criminales estos avances, es la oportunidad de producir documentos falsos o monedas falsas. Además, a las personas actuantes, les favorece la posibilidad de utilizar *identidades virtuales* que facilita y oculta tanto las actividades delictivas como a los delincuentes que le ofrecen el anonimato¹⁷⁹.

Por otro lado, hay que advertir que la sofisticación no sólo se predica de los medios materiales, sino también de los medios personales. Así, la criminalidad organizada dispone de medios rápidos y eficaces para hacer desaparecer el producto del crimen o de los bienes

mo manifestaciones de comportamientos delictivos tradicionales que utilizan la naturaleza y facultades que proporcionan las nuevas tecnologías para su desarrollo. En «Delincuencia organizada a través de Internet»... op. cit., pág. 20. La utilización de estos progresos tecnológicos es lo que lleva a MAROTTA a proclamar la necesidad de utilizar técnicas de investigación especiales como la civilancia electrónica para la represión de la criminalidad organizada ya que en su actuación utilizan sistemas electrónicos altamente cualificados. En «La cooperazione di polizia secondo la convenzione di Palermo», *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, DOTT. A. GUIFFRÉ EDITORE, Milano, 2005, pág. 237.

¹⁷⁸ URIARTE VALIENTE, «Delincuencia organizada a través de Internet»... op. cit., pág. 21.

¹⁷⁹ Informe Europol de 2003. Vid., MARTÍNEZ GINESTA, «Límites técnicos de la ayuda prestada por las operadoras en la investigación de los delitos», en *Cuadernos de derecho judicial*, volumen dedicado a *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Madrid, 2007, pág. 196 y ss.

que le hayan servido para la comisión del ilícito penal, lo que supone la *supresión de la prueba*, en gran medida ayudada por expertos en el campo jurídico, económico y fiscal¹⁸⁰. Esta técnica, que ha sido elevada a ciencia por las organizaciones criminales imposibilita la captura de los integrantes de la organización.

Las nuevas organizaciones criminales, se caracterizan por la captación de intelectuales y profesionales formados que incrementan la sofisticación y profesionalización de la actuación criminal. A ello, hay que sumarle la diversificación de riesgos, especialización y diferenciación de funciones, profesionalización, análisis de riesgos, inversión en tecnologías, etc....¹⁸¹. Todas estas circunstancias, nos llevan a hablar de una criminalidad organizada más peligrosa que es capaz de hacer frente a las barreras policiales y judiciales que puedan frenarlas.

Igualmente, el uso de las nuevas tecnologías pueden ser utilizadas para la comisión de determinadas conductas delictivas, especialmente graves, como puede ser la pornografía infantil. Pero también, se pueden utilizar para la preparación del delito pues la utilización del correo electrónico garantiza rapidez y fiabilidad además, por supuesto, de la seguridad que otorga a los miembros de los entramados qué les concede la posibilidad de mantener oculta su verdadera identidad quedando, por tanto, la conducta y las personas del entramado en la total clandestinidad.

En cuanto a la sofisticación, tenemos que tener en cuenta que cada vez es más habitual que las organizaciones criminales acudan y requieran los servicios de profesionales de diversos campos que le facilitarán la comisión delictiva dificultando a las FFCCSS en su captura.

¹⁸⁰ MAURO, «La Decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia Penal*, Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 75. FASSONE, «La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada»,... op. cit., pág. 419. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 25.

¹⁸¹ SANZ MÁRQUEZ, «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronteriza»... op. cit., pág. 1414.

En definitiva, la delincuencia organizada es cada día una delincuencia más profesional que confía en expertos y que actúa en un escenario cada vez más heterogéneo.

Todo ello nos lleva a concluir que: cuanto más sofisticación personal o material, mayor tendrá que ser la respuesta del Estado. Siendo así, consideramos que la disposición de bienes materiales y personales constituye un factor primordial en la intervención del agente encubierto puesto que a mayor sofisticación menor será el resultado obtenido con los medios ordinarios de investigación.

B.3. Empleo de violencia

La violencia en los grupos organizados, debemos tenerla en cuenta con respecto al interior de la organización con respecto a sus propios integrantes y al exterior para con la sociedad.

La violencia supone el último recurso que emplea el grupo con el afán de mantener las normas delictivas¹⁸².

Lo que a la sociedad le interesa, es que su seguridad no se vea mermada por ningún ataque criminal con independencia de su índole (política, económica, venganza...).

No obstante, lo que queremos poner de manifiesto en esta característica, no es la violencia en las conductas delictivas que la organización comete sino la violencia con respecto a su existencia.

Así, se predica una violencia al exterior (*método de control directo*) por la resolución de los conflictos surgidos con otros grupos criminales¹⁸³, la demostración de poder e intimidación de la pobla-

¹⁸² SCHENEIDER, «Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 728-729. En este sentido señala el autor que se recurre al uso de la violencia y a la amenaza como medida de control y de protección, tanto contra los miembros del grupo que no cumplen con sus obligaciones como contra personas fuera del grupo, con el fin de protegerlo y de incrementar su influencia. En el mismo sentido se pronuncia MONTOYA, el cual establece que en el propio acto de iniciación en una organización criminal, se estrechan los lazos de lealtad, fidelidad, obediencia, honor, bajo la amenaza de una sanción: la muerte. En *Mafia y crimen organizado. Aspectos legales. Autoría mediata. Responsabilidad penal de los aparatos organizados de poder*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 29.

¹⁸³ A este respecto debemos señalar, la noticia publicada en el diario El País (28 de abril de 2007) sobre los enfrentamientos entre dos cárteles de drogas

ción en general, por eliminar a la persona que pueda perjudicar a su actividad (por ejemplo hacer callar a un potencial testigo)¹⁸⁴.

Con respecto al carácter violento de la organización criminal que se predica hacia el interior (*método de control indirecto*), supone un modo de guardar la disciplina de los miembros de la organización. Con esta violencia se pretende imponer un castigo ejemplar a una persona por faltar a las normas del grupo y, para intimidar a potenciales violadores de las normas¹⁸⁵.

B.4. Influencia negativa sobre el sistema

En general, la actuación de las organizaciones criminales persigue la búsqueda de beneficio económico y/o poder. En nuestra opinión, la búsqueda de beneficio económico es la finalidad última de toda conducta delictiva organizada. Creemos que en general, la constitución de las organizaciones criminales tiene como propósito definido la obtención de beneficio económico, salvo las organizaciones terroristas que tienen otras finalidades de índole política, la desestabilización del orden democrático y la creación de una presión psicológica mediante el terror¹⁸⁶.

Dejando de lado las organizaciones terroristas, además del beneficio económico que daña los sistemas económicos, la influencia en la política, los medios de comunicación, la administración pública, la administración de justicia... es lo que realmente genera un perjuicio para las sociedades democráticas.

Esta influencia negativa es lo que conocemos como corrupción, que los grupos organizados utilizan para preservar la inmunidad del grupo frente a la acción policial y judicial y para llevar a buen fin los negocios lucrativos de la organización¹⁸⁷.

mexicanos para hacerse con el control del tráfico de drogas en el mencionado país.

¹⁸⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales...* op. cit., pág. 63-73.

¹⁸⁵ *Ibidem.* pág. 66.

¹⁸⁶ GARRIDO, STANGELAND; REDONDO, *Principios de criminología...* op. cit., pág. 635.

¹⁸⁷ *Vid.*, al respecto BUENO ARÚS, «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLLO),

Por otro lado, la corrupción favorece a la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y, mina las instituciones desde su interior¹⁸⁸.

De este modo, las organizaciones criminales se infiltran en medios políticos, judiciales y económicos, que permitan encubrir la actividad ilícita y lograr el ansiado poder o beneficios, utilizando para ello todos los medios tanto legales como ilegales que están a su alcance.

Esta corrupción, debe ser entendida como las comisiones ocultas y otras conductas de las personas investigadas de funciones públicas o privadas que hayan infringido los deberes que legalmente están obligados con el fin de obtener beneficios ilícitos de cualquier clase, para sí o para otros.

Toda esta situación, provoca que se utilice el prestigio del cargo y posición de la persona que se deja corromper, para proteger a los miembros de la organización contra la persecución penal¹⁸⁹.

Universidad de Huelva, 1999, pág. 72. Señala el autor que tales comportamientos pueden llegar a socavar el papel de la ley, la democracia y de los derechos humanos, erosionando a la justicia social y a los gobiernos, y distorsionando las condiciones competitivas internacionales, poniendo en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad, especialmente en cuanto afectan al sector público. MEDINA ARIZA, «Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado», en *Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLLO), Universidad de Huelva, 1999, pág. 126-127.

¹⁸⁸ FOFFANI, «Criminalidad organizada y criminalidad económica»... op. cit., pág. 59-60. JIMÉNEZ VILLAREJO, «Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal»... op. cit. HASSEMER, «Límites del Estado de derecho penal para el combate contra la criminalidad organizada»... op. cit., señala que el propium de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal.

¹⁸⁹ SCHNEIDER, «Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 729. Señala el autor que hay agentes de policía que proveen a grupos delictivos, por ejemplo, de informaciones sobre proyectos de acciones penales. Abogados que intimidan a testigos de la acusación para que modifiquen su declaración. Patrocinadores en la economía que lavan las ganancias ilegales en bancos, casinos y negocios legales. Funcionarios públicos que son persuadidos, intimidados y corrompidos sistemáticamente por el crimen organizado.

Es por ello, que la infiltración en el sector público de las organizaciones criminales es uno de los factores que debe propiciar o que permite la adopción de la intervención de un agente encubierto sin que pueda ser considerada desproporcionada, pues los efectos negativos que el crimen organizado provoca de esta manera solo pueden frenarse con actuación desde el interior de la organización.

B.5. Estructura de la organización

Hay que considerar que el factor de la estructura de la organización es importante para estimar la peligrosidad o no de la misma. La tendencia hasta hace algunos años, describía una estructura rígida, jerarquizada con división del trabajo en el seno del entramado que junto a la planificación y suma de fuerzas, suponía un mayor peligro¹⁹⁰ para los bienes jurídicos.

La jerarquía con que se caracterizan este tipo de estructuras criminales, supone el reconocimiento de varios grupos: los dirigentes, que se corresponden con el centro de poder y es donde se toman las decisiones¹⁹¹. Los miembros intermedios que velan por la seguridad de los dirigentes de la organización y de la realización de la conducta criminal. Y los encargados de la comisión del delito, que como hemos advertido son fluctuantes y, casi siempre, aprehendidos por las FFCCSS, como responsables de los delitos. Además, las estructuras

¹⁹⁰ ANDRADE SÁNCHEZ, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Instituto de investigaciones jurídicas... op. cit. Existen organizaciones o centros de poder que, estructurados jerárquicamente y dotados de una fuerte disciplina interna, asumen un modo de funcionamiento casi automático y, en esa medida, adquieren naturaleza de meros instrumentos que reaccionan de forma mecánica a órdenes o instrucciones de sus jefes, DE FUGUEREIDOS DIAS, «Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "Dominio de la Organización"», en FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada aspectos procesales, penales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999. pág. 103.

¹⁹¹ No obstante, hay que tener en cuenta que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha manifestado que la estructuración de la organización no es un elemento necesario ya que para la consideración de organización criminal basta con la participación de tan sólo dos o tres personas, siempre que quede claro que han programado un proyecto para llevar a cabo su propósito criminal en relación con la comisión del delito. STS de 10 de marzo de 2006 (Tol871.897).

rígidas o jerárquicas están sujetas a un estricto código de comportamiento y duro código de silencio.

Todo ello, nos lleva a determinar las estructuras criminales como graves y como posibles sujetos pasivos de la infiltración policial, pues mediante la intervención del agente encubierto se puede llegar a conocer la identidad de los miembros integrados en la cúpula de la organización, es decir, los verdaderos responsables de la conducta criminal¹⁹².

No obstante, con el paso de los años, la preferencia en la estructura criminal, ha ido cambiando para acercarse más a estructuras flexibles. Estas estructuras dotan a la organización de un carácter más poderoso pues su actuación se hace a través de células¹⁹³.

En las estructuras flexibles, es habitual la entrada constante de personas a las que no se reconoce cadena de mando pero con fuertes lazos de lealtad. Cada célula tiene un número limitado de personas que establecen relaciones permanentes con miembros de otras células.

En este sentido, que prosigue, la tendencia a la utilización de facilitadores y proveedores. Se trata de individuos con competencias específicas que son requeridos para llevar a cabo algunas tareas complejas en la organización criminal y, que prestan sus servicios ya sea dentro de su propio grupo o a otros grupos mediante pago como un servicio externo¹⁹⁴.

Si las estructuras jerárquicas o rígidas suponen un handicap para las autoridades de persecución penal, las estructuras flexibles presentan dificultades teóricas, jurídicas y prácticas, pues es difícil determinar el grupo real al que pertenece una determinada célula lo

¹⁹² Vid., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado»... op. cit., 676 y ss. En este sentido MARINO, *Historia de la mafia*, Javier Vergara, Barcelona, 2002, establece que en las organizaciones criminales se impregnan ideas y valores que producidos por las clases dominantes para su uso y beneficio han sido transformados, por la fundamental unión de tradición y religión, en una cosmogonía popular.

¹⁹³ Vid. DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada» ponencia presentada en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004, pág. 1330 (<http://www.cej.justicia.es>)

¹⁹⁴ Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada. pág. 7 y ss [<http://www.europol.int>].

que ocasiona mayores problemas para la captura y desmantelación de la organización criminal¹⁹⁵. Desde esta perspectiva, y dado que la utilización de personas externas a la organización resulta para los Estados una tarea más ardua para desmantelar a la misma, es por lo que creemos conveniente la utilización de agentes encubiertos para su investigación, ya que sólo desde el interior de la organización criminal se podrá averiguar la identidad de todas las personas que trabajen para la misma, pertenezcan o no a la organización criminal;

La estructura de la organización, resulta ser un dato a tener en cuenta para la infiltración policial pues cualquiera de los que existen (jerárquico o flexible) desprenden la necesidad de acudir a la infiltración policial para poder conseguir datos suficientes que permitan la desmantelación de la organización, ya que dicha información no podrá ser conocida mediante los medios tradicionales u ordinarios de investigación. Insistimos en que esta afirmación, puede ser aplicable a las dos pero realmente, la infiltración en cualquiera de las células de las organizaciones flexibles puede dar muchísima información imposible de conseguir de otro modo.

B.6. Características de los miembros de la organización

Con respecto a los miembros de la organización, es independiente el modo en que se estructura la organización criminal, pues siempre existirán varios grados dentro de la misma.

Un factor a tener en cuenta es el familiar y étnico, que facilita la penetración en otros países aprovechando el contacto con compatriotas ya establecidos en un Estado. Este factor, supone que el grupo se recomponga en cada operación criminal llevada a cabo, lo que contribuye a garantizar su impermeabilidad, reduciendo así, el riesgo de infiltración por parte del poder público.

¹⁹⁵ Vid. ESPIGARES MIRA, «Interpol y su intervención en la lucha contra la delincuencia organizada», en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004, pág. 1471 (<http://www.cej.justicia.es>). Señala el autor que la flexibilidad que presentan las estructuras criminales, responden a razones de oportunidad, hace que se impliquen en una amplia gama de delitos, diversificando su actividad delictiva en lugar de centrarse en un mercado delictivo concreto. Afrontan un mínimo de riesgos ante las investigaciones de los cuerpos policiales.

Normalmente, el nivel más bajo de la organización está integrado por miembros más marginales, jóvenes atraídos por la violencia que persiguen el sentimiento de poder. Estos jóvenes, situados en una media entre los 13 y los 30 años¹⁹⁶, tienen lo que se denominan *factores preadictivos*, es decir, un conjunto de factores, individuales, sociales y ambientales que pueden facilitar el incremento de probabilidad de desarrollar desórdenes conductuales¹⁹⁷.

No obstante, de un tiempo a esta parte, debido a los flujos migratorios legales e ilegales, el problema de los miembros de la organización se ha incrementado puesto que en la actualidad esta escala de la organización proceden de países de la Europa del Este o de países latinoamericanos, que han implantado en los Estado una nueva modalidad de organización cada vez más peligrosa, por importar nuevas prácticas delictuales más violentas.

Los miembros de la escala inferior de la organización criminal, se caracterizan por ser fácilmente sustituidos en caso de muerte, arresto, etc. Además, se añade un plus puesto que éstos al entrar juran fidelidad, es decir, prometen no delatar a la organización a la que ingresan con vocación de permanencia.

Por otro lado, dentro de la organización criminal cada vez pueden encontrarse más integrantes intelectuales y profesionales que aportan conocimientos jurídicos, financieros, tecnológicos, informáticos y científicos y que convierten a la organización en una estructura criminal profesional.

Estos integrantes, no suelen ingresar en la estructura de la organización criminal con vocación de permanencia sino que son requeridos para llevar a cabo algunas tareas de la empresa delictiva lo que genera una tendencia hacia las estructuras flexibles de las organizaciones criminales.

Para finalizar, los dirigentes de la organización, la cúpula de la estructura, los hombres de atrás, son personas que se encuentran en

¹⁹⁶ Aunque evidentemente, dentro de este intervalo hemos ubicado a las clases intermedias de la organización. Así, estos mandos intermedios que son los que aplican el régimen disciplinario en caso de incumplimiento del código de conducta, son los que se relacionan con la parte inferior del entramado para dar las órdenes o para supervisar el éxito de la misión encomendada, etc.

¹⁹⁷ GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios de criminología...* op. cit., pág. 635-640.

una media de entre 30 y los 45 años de edad. Su captura, suele ser difícil pues se preocupan de no ser conocidos por los restantes miembros de la organización, al menos, por la parte inferior de la misma (que son los que, normalmente, sostienen el peso de la justicia por ser aprehendidos con más facilidad). Así, si éstos son detenidos no podrán identificarlos. Por ello, los integrantes de la cúpula se encubren con la organización criminal, consiguiendo eludir la acción de la justicia.

B.7. Código de conducta

Las organizaciones criminales tienden a regularse de manera interna a través de un código de conducta. Su incumplimiento, conlleva la imposición de fuertes sanciones incluso el empleo de la violencia. Quizás este no sea un código escrito, pero regula el modo de actuar, de vestir, de saludarse, de comportarse con los miembros de otras organizaciones criminales. Este código de conducta, tiene que ser conocido por todos los miembros de la organización.

La existencia de un código de conducta es simplemente un dato más de las organizaciones criminales pero no puede ser motivo para la adopción de la infiltración policial.

B.8. Apariencia de legalidad

La apariencia de legalidad no sólo se orienta a las ganancias provenientes de las conductas criminales, sino también de las propias personas que se ubican en la cúspide de la organización. Al ser desconocida su pertenencia a la organización, éstos normalmente están rodeados de una aureola de aparente legalidad y a través de instituciones legales esconden todas las conductas criminales que cometen y, las ganancias que le reportan. La peligrosidad de esta conducta se deriva en la capacidad que tienen para desestabilizar la organización política y económica de un Estado¹⁹⁸. Mediante la creación de empresas lícitas y la inmersión en las esferas de poder, actuarán

¹⁹⁸ SANSÓ-RUBERT, «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional»... op. cit., pág. 217-208. establece el autor que la peligrosidad de este tipo de organizaciones delictivas radica especialmente en el blanqueo de capitales, en tanto se les confiere la capacidad de perturbar la organización económica del Estado.

pudiendo conseguir en numerosas ocasiones la impunidad, gracias a este enmascaramiento en lo lícito. Además debemos prestar atención al blanqueo de capitales procedentes de actividades ilícitas¹⁹⁹. Con este mecanismo, las organizaciones criminales «transforman» en legal todo lo obtenido mediante la comisión de determinados hechos delictivos²⁰⁰.

La razón de penetrar en el mercado legal las ganancias derivadas de las conductas criminales, nos demuestran la limitada capacidad de extensión que ofrecen los mercados criminales. La solución que debe adoptarse en estos casos, es la transparencia en las empresas pues cuanto más nitidez en las cuentas más difícil será para la criminalidad organizada penetrar en la economía legal²⁰¹.

En este caso, si desde el exterior no se puede determinar la conducta delictiva pues la apariencia de legalidad la oculta, es un elemento suficiente para la infiltración policial.

B.9. Gravedad de la conducta delictiva

La gravedad de la conducta delictiva, está relacionada en parte con la violencia que puede generar, pero más que nada se corresponde con actuaciones que son particularmente opacas a la acción de la justicia y que además son cuantitativa y cualitativamente relevantes en los campos económicos y políticos, es decir, que garantizan fuertes ganancias.

¹⁹⁹ Hay que tener en cuenta que el blanqueo de capitales es uno de los puntos característicos que Europol señala como indispensables para que un grupo de personas que realiza hechos delictivos graves puedan ser considerados organización criminal. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis»... op. cit., pág. 50-52. BENITO SÁNCHEZ, «Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario» en SANZ MULAS (Coord.) *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, pág. 97 y ss.

²⁰⁰ De este modo, como señala SCHENEIDER, la visibilidad social de la criminalidad organizada queda bastante reducida para que sus actividades y actores puedan operar en la oscuridad social lo más discretamente posible y sin ser descubiertos. En «Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 728.

²⁰¹ FOFFANI, «Criminalidad organizada y criminalidad de empresa»... op. cit., pág. 65.

La actuación de la organización criminal, debe constituir una amenaza para la seguridad nacional. Por ello, las actuaciones de la organización criminal, por excelencia, son el terrorismo y el tráfico de droga. No obstante, no podemos olvidar que existen otras conductas como: el tráfico y explotación laboral y sexual de seres humanos (en especial niños y mujeres); el tráfico ilegal de armas; las falsificaciones; los robos y el tráfico ilegal de vehículos (aunque no es especialmente grave); el tráfico de órganos humanos; los delitos económicos y los delitos informáticos.

A los efectos de la intervención de los agentes encubiertos, hay que señalar que sólo podrá recurrirse a ellos, cuando estemos ante organizaciones realmente lesivas para el Estado de Derecho y cuando sus conductas criminales, supongan graves consecuencias para la paz social y seguridad de los ciudadanos²⁰².

El problema fundamental, surge cuando las legislaciones no plantean más que un listado cerrado de delitos para delimitar el ámbito objetivo de la infiltración policial. En nuestra opinión, esta decisión del legislador ha sido del todo desafortunada en tanto en cuanto las organizaciones criminales tienen una naturaleza versátil que permite modificar su comportamiento delictivo más rápido de lo que al Estado se le permite reaccionar. Lo más coherente sería que las diferentes legislaciones determinaran una enumeración de las conductas delictivas y se dispusiera, de igual modo, una cláusula subsidiaria en la que se señalara un marco abstracto de la pena (por ejemplo 5 años). De este modo, el Estado tendría los mecanismos suficientes para hacer frente a la criminalidad organizada con independencia del cambio de las circunstancias que la rodeen.

En cualquier caso, la gravedad del delito no tiene porque ir acompañada de una conducta violenta sino que sólo debemos tener en cuenta el efecto negativo que el delito genera para la seguridad ciu-

²⁰² A este respecto, señala HERNANDO MARTÍN que el criterio del delito grave no debe ser esencial, ya que en la actualidad se están detectando grupos criminales que conocedores de la reducida penal del delito de hurto, han establecido unos procedimientos de sustracción en joyerías, entidades bancarias o de vehículos perfectamente organizados. En «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones»... op. cit., pág. 1392.

dadana, la paz, la libertad, en general para las sociedades democráticas. Sin perjuicio, de considerar que aquellas conductas criminales donde se refleja una conducta violenta suponen un plus de lesividad para la paz y la seguridad.

Por supuesto, la gravedad de la conducta será un elemento relevante y a tener en cuenta para estimar la adopción o no de la infiltración policial. Pero en ningún caso, podrá por sí sola ser elemento suficiente para estimar la necesaria intervención de un agente encubierto sino que deberá ir acompañada de otros factores como el carácter cerrado de la estructura o la infiltración de la organización en las instituciones públicas y en los mercados económicos y financieros.

B.10. Internacionalización y transnacionalización

Ya pusimos de relieve que las organizaciones criminales suponen un peligro para las instituciones del Estado y la seguridad ciudadana y, que estos problemas se acrecientan cuando las organizaciones adquieren una dimensión internacional. Generando asimismo, una dificultad añadida para los Estados en su función de prevención y represión.

Los factores que favorecen a la internacionalización de las organizaciones criminales son la globalización del mercado, la creación de zonas de libre comercio; la creación de espacios de libre circulación; los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de transmisión de información y de transporte, los *e-commerce*; los cambios políticos y los factores económicos y la dimensión social²⁰³.

Todos estos factores, han generado no sólo las alianzas estratégicas entre grupos criminales²⁰⁴ sino una extraordinaria flexibilidad para delinquir, para poder operar rápidamente en territorios cuya respuesta es más satisfactoria.

²⁰³ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales...* op. cit., pág. 63. Informe De Europol año 2003 y 2004. CASTALDO, «La naturaleza económica de la criminalidad organizada», En *Revista Prudentia Juris*, núm. 57. <http://www.edial.com>. DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada»...op. cit., pág. 1328.

²⁰⁴ Así, refiere SANZ MÁRQUEZ que del enfrentamiento por cuestiones territoriales, de poder o distribución entre grupos criminales, se ha pasado a interconexiones y alianzas entre los diversos entramados. En «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronteriza»... op. cit., pág. 1414.

Además, la internacionalización y transnacionalización en la actuación de las organizaciones criminales, no hace sino diversificar el objeto de sus actividades, ampliando así su radio geográfico de actuación, rentabilizando los conocimientos y experiencias adquiridos. Esto conlleva, a que las organizaciones criminales se vean abogadas a un cambio en su estructura y organización conformándose con una estructura menos rígida, es decir, más flexible provocando una mayor especialización. Es evidente, que todo ello, nos lleva a concluir que estos factores, sólo favorecen la actuación impune de las organizaciones criminales que tiene un poder de mutación y adaptación a las realidades sociales mucho más rápido que el Derecho²⁰⁵.

C) La organización criminal a los efectos de la infiltración policial

Hasta ahora sólo hemos vertido los conceptos que legal y doctrinalmente, existen de organización criminal y las notas que caracterizan a este fenómeno²⁰⁶.

No obstante, y como dijimos al comenzar el epígrafe, es necesario reflejar cuáles de las características que hemos señalado son de necesaria existencia para la aplicación de la infiltración policial como único medio útil para la investigación.

Ante todo, habrá que advertir que la adopción o no de la infiltración policial se debe hacer para cada caso concreto sin que en ningún

²⁰⁵ DAUNIS, «La promoción del tráfico ilegal de personas: Aspectos jurídicos y policiales», en SANZ MULAS (Coord.) *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, pág. 222-223. Vid. BUENO ARÚS, «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 60 y ss.

²⁰⁶ Además de ser esta la definición que nos proporciona la LECrim sobre organización criminal, es puesta de relieve por algunos autores, como por ejemplo. SÁNCHEZ SANTAMARÍA; VELA GARCÍA, «El delito de blanqueo de capitales. Responsabilidad y comiso», en *El delito de blanqueo de capitales*, Instituto Universitario de investigación sobre seguridad interior, Marzo 2005, pág. 17 y ss. [http://www.uned.es/investigacion/publicaciones/Cuadernillo_Marzo05.pdf] Identifican las formas de crimen organizado con la asociación de delincuentes cuya forma de vida es la comisión permanente o reiterada de hechos delictivos, como ocurre en el tráfico de drogas, de armas, las estafas...

caso pueda determinarse la aplicación genérica o relajada de la infiltración policial para cualquier investigación.

Evidentemente, la criminalidad organizada conlleva por sí sola una especial peligrosidad que otras formas de criminalidad como la común o individual. Los principales motivos de esta afirmación, radican en la reducción de los factores de inhibición de la comisión de delitos y la construcción de estructura que permiten la planificación y comisión del delito, así como el encubrimiento, posterior, de los verdaderos responsables²⁰⁷.

El recurso a la infiltración policial de agentes externos, significa reconocer la imposibilidad de combatir la organización desde el exterior²⁰⁸.

Como advertimos al comienzo, el concepto que ofrezcamos de organización criminal, tiene que determinar la diferencia entre la delincuencia asociativa de la criminalidad organizada²⁰⁹. Es decir, de-

²⁰⁷ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. aspectos procesales, penales...* op. cit., pág. 63-64.

²⁰⁸ CASTALDO, «La naturaleza económica de la criminalidad organizada» (consultado en <http://www.edial.com>).

²⁰⁹ ANARTE BORRALLÓ, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos...* op. cit. pág. 21. Es necesario destacar que existen grupos de delincuentes que ostentan alguna de las características propias de la criminalidad organizada, téngase en cuenta las bandas juveniles. No obstante, específico del crimen organizado es su capacidad para protegerse de manera eficaz frente a quienes reten su capacidad de acción, ya sea desde grupos criminales rivales o desde el estado. Esta protección se obtiene, por una parte, a través de la utilización de la violencia o la amenaza creíble de usarla, la intimidación, y, por otra, por la corrupción de funcionarios públicos. RESA NESTARES, «Crimen organizado transnacional. Definición, causas y consecuencias»... op. cit. (versión digital) HASSEMER, «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada»... op. cit. (versión digital). GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Policía y criminalidad organizada»... op. cit. pág. 28 y ss. Distingue en España dos tipos de grupos criminales: las bandas de delincuentes constituidos por un pequeño número de delincuentes que se alternan entre ellos, que se especializan en los mismos delitos, especialmente contra la propiedad; y que utilizan el producto del delito para vivir al día, sin preocuparse de una posible inversión de las ganancias. Por otro lado, están los «grupos organizados» que presentan las características propias de la organización: estructura, delitos graves, permanencia en el tiempo, uso de la violencia, corrupción, blanqueo de dinero...

bemos distinguir entre el grupo de delincuentes entendido, como la reunión de tres o más personas que de manera ocasional se asocian para delinquir (por ejemplo la asociación de personas para el tráfico de drogas), por muy jerarquizado y organizado que esté el grupo no podemos considerarlo como verdadera banda organizada.

Ahora bien, en el ordenamiento español, a los efectos de la infiltración policial, concibe la organización criminal como delincuencia asociativa, lo que parece del todo desproporcionado, porque supondría aplicar un medio de investigación que supone un riesgo para el sistema de garantías a grupos de delincuentes que, de ningún modo, podrían catalogarse dentro de la criminalidad organizada. Sin embargo, si el verdadero grupo organizado se dedicara al tráfico ilegal de órganos, como la Ley establece en una lista de delitos cerrados, por más peligrosidad que éste represente para la sociedad y el Estado de Derecho, la figura del agente encubierto nunca podría ser utilizada para la investigación y represión de esta verdadera criminalidad organizada.

En este sentido, la criminalidad organizada, ha sido establecida como una contrapotencia criminal capaz de imponer su voluntad a los Estados legítimos, socavar las instituciones y fuerzas de la ley y el orden, trastornar el delicado equilibrio económico financiero, y destruir la vida democrática²¹⁰.

Por tanto, la criminalidad organizada, debe revestir gravedad en sus actuaciones de manera tal que su actuación, suponga una peligrosidad no asumible por el Estado.

Por organización criminal debemos entender la asociación de al menos tres personas, caracterizadas por disponer de mayores medios personales y materiales; empleo de la violencia; influencia negativa sobre el sistema; extensión a muchos ámbitos de la actividad económica; internacionalización y transnacionalización²¹¹; reclutamiento de jóvenes en ambientes marginales; sofisticación personal lo que le permite la desaparición de los bienes y productos del delito así como los instrumentos para su realización, es decir, la supresión

²¹⁰ RUEDA MENÉNDEZ, «La delincuencia organizada transnacional»... op. cit., pág. 1. Consultado en (<http://www.uned.es/investigacion>).

²¹¹ Sin que podemos olvidar el caso de las organizaciones de carácter nacional que asola a España.

de la prueba²¹² y siempre que, su conducta revista tal gravedad y peligrosidad que haga temblar al Estado de derecho.

Pero además, a los efectos de la infiltración policial, la organización debe suponer la corruptibilidad del aparato estatal y afectar de manera negativa a la paz social. La concurrencia de estos requisitos, es lo que justifica la utilización de medios extraordinarios de investigación, como la infiltración policial, pues estas organizaciones pueden poner en peligro la propia base del sistema democrático²¹³.

En cuanto al concepto de organización específico para la aplicación del agente encubierto, debemos posicionarnos en contra de la definición ofrecida por la propia LECrim. En este sentido, cabe que nos preguntemos, si no nos estaremos dejando algunas conductas también lesivas para la sociedad o estaremos incluyendo «organizaciones» por la generalizada del concepto.

Por eso, es necesario que este nuevo fenómeno, sea determinado desde un punto de vista *cualitativo*, lo que significa que la idea sobre el fenómeno de la criminalidad organizada debe ser más estrecha, precisa y exigente²¹⁴. Es por ello, por lo que la organización criminal debe tener cierta peligrosidad para que el Estado pueda desplegar todo el operativo necesario para la infiltración policial. Ya que como hemos advertido anteriormente, y atendiendo al concepto de organización criminal que ofrece el artículo 282.bis LECrim, en algunas ocasiones la utilización de agentes encubiertos se haría de manera desproporcionada si nos sujetamos al criterio de la peligrosidad.

La utilización del agente encubierto, no sólo puede suponer la alteración de determinadas reglas básicas del proceso penal, sino que también puede conllevar la transformación que sufren las reglas del derecho penal material clásico. De este modo, debemos olvidar la relación existente en el derecho penal primitivo, de víctima *vs. delincuente*, y orientar esta relación a Estado *vs. delincuentes*. Puesto que en estos casos es el Estado, la principal víctima de las conductas

²¹² DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 24-29.

²¹³ GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit, pág. 221.

²¹⁴ HASSEMER, «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada».. op. cit. (versión digital).

criminales de las organizaciones criminales²¹⁵. Esta situación, la ha puesto de relieve el Consejo de la Unión Europea, el cual establece que *el comportamiento delictivo ha dejado de ser patrimonio exclusivo de algunos individuos para serlo de organizaciones que se infiltran en las diversas estructuras de la sociedad civil y, por descontado, de la sociedad en su conjunto*²¹⁶.

Sin embargo, no resulta tan importante para estimar a una organización peculiarmente lesiva para el Estado de Derecho, la implantación que en la sociedad tenga sino los efectos negativos que su actuación pueda provocar.

Por ejemplo, las organizaciones criminales latinas se han implantado en nuestro sistema causando un mal, en algunas ocasiones irremediable para los ciudadanos, que ven afectada su seguridad. Hace años, a estas bandas juveniles se les consideraban grupos bastante informales de delincuentes que se reunían para cometer delitos. Hoy en día, con la aparición de los Latin Kings, los Ñetas... se les consideran, no sólo una agrupación para cometer delitos, sino también una subcultura con sus normas, creencias y estilo de vida. Incluso, su criterio de acceso, solo para poder pasar «desapercibido» en la sociedad, según un reciente estudio de la policía²¹⁷. En nuestra opinión, en este tipo de organizaciones es perfectamente posible la intervención de un agente encubierto pues reúne las características de

²¹⁵ HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 37 y ss. Establecen los autores que para determinadas formas de criminalidad o determinados tipos de delincuentes, se les priva de las tradicionales garantías del Derecho penal material y del Derecho procesal penal. SANSÓ-RUBERT, «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno»... op. cit., pág. 47 establece el autor que debemos considerar *al enemigo como una organización cada vez más compleja, especializada, flexible, capaz de asociarse con otras, de comprar voluntades y operar cómoda y eficazmente en un escenario internacional*.

²¹⁶ Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptada por el Consejo el 28 de abril de 1997 [DOCE C251].

²¹⁷ Un estudio realizado por la empresa Investigación & desarrollo sociocomunitario, ha identificado a determinadas bandas juveniles (LMC, los Ñetas, los Latin King, bakalas, skinheads antifascistas, skinhead neonazis y la Banda del Chupete) con características diferenciadas pero con un elemento común, la violencia tanto exógena como endógena que practican (El País edición digital de 25 de enero de 2007).

asociación de personas, tiene una estructura jerárquica, una influencia negativa para la sociedad y la violencia en su conducta. Lo único que nos puede despistar es la gravedad en la conducta delictiva en tanto en cuanto esta organización nace con el propósito de defender sus propias «ideologías»²¹⁸.

En tanto en cuanto la regulación de la LECrim se debe considerar no ajustada a la realidad de la criminalidad organizada. Es más, como ya hemos advertido, la aplicación de la infiltración policial conforme a los parámetros establecidos en el artículo 282.bis LECrim son excesivos y desproporcionados, no ajustados a derechos y restrictivos de derechos fundamentales.

Por ello, es necesario plantear una reforma al precepto 282 bis de la LECrim, encaminada al endurecimiento del concepto de delincuencia organizada, es decir, que reflejara las necesidades actuales que la sociedad reclama. Y por otro lado, no se debería mostrar tan rigurosa a la hora de enumerar los tipos delictivos ya que para el Estado no es tan lesivo el delito cometido como la presencia y actuación de una «verdadera» organización criminal.

Así, a los efectos de infiltración policial, debe entenderse por organización criminal, la asociación de personas que de manera reiterada operen en uno o en varios Estados, con o sin cooperación de otras organizaciones, con la pretensión de cometer ciertos tipos delictivos²¹⁹ que supongan, cualitativa y cuantitativamente, la desestabilización de la sociedad, peligrando, así, la integridad de la ciudadanía.

En conclusión, vistas las características básicas que distinguen a las organizaciones criminales, la adopción de la infiltración policial debe estudiarse en cada caso concreto pues no todas las organizaciones requieren de tan agresivo medio de investigación. Así, sólo para las organizaciones que puedan suponer un menoscabo en la soberanía nacional, en el sistema democrático así como en la protección de la integridad física y psíquica de los ciudadanos se podrá

²¹⁸ En el caso de los Latin King defienden lo que ellos denominan «el cordón latino».

²¹⁹ En nuestra opinión no debería delimitarse una lista cerrada de delitos pues se escaparía alguna de las conductas propias de la criminalidad organizada. Creemos que lo conveniente es establecer un sistema mixto que responda a la realidad delictual de las organizaciones criminales y del que hablaremos en un momento posterior del trabajo.

autorizar la intervención de un agente encubierto. Algunas de las notas características de la organización criminal, también lo son de la delincuencia genérica o común. De todos modos, la actuación de la infiltración policial, podrá autorizarse cuando en la concreta organización criminal concurren las peculiaridades de: la violencia (cuanto más violenta sea la organización más daño a la seguridad ciudadana y a paz social); blanqueo de capitales (puesto que provocara un debilitamiento en el mercado que puede suponer la bancarrota de un Estado) y la corruptibilidad de las instituciones del Estado en el sentido de infiltración de la organización en el sector público (a cambio de beneficios económicos las organizaciones criminales se pueden beneficiar de ciertos privilegios ante la Administración pública, cuanta más corrupción, mayor fracaso del sistema democrático). Y por último, habrá que estar a la gravedad o peligrosidad de la conducta criminal que está siendo realizada por la organización. Este criterio, va unido al empleo de violencia en las conductas delictivas lo que genera una gran alarma social de inseguridad tanto en las instituciones estatales como en los miembros de la sociedad que ven con gran temor la actuación de estas organizaciones.

CAPÍTULO IV

PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO (I)

SUMARIO: II. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS DE PROCEDIMIENTO. 1. Órganos habilitados para autorizar la infiltración policial. A) Órgano judicial. B) El Ministerio Fiscal. 2. Adopción de la infiltración policial. A) Autorización general para la infiltración policial. A.1. Resolución administrativa por la que se otorga la identidad supuesta. B) Autorización para actuaciones concretas. 3. El control de la medida. 4. Duración de la infiltración policial. A) Duración de la infiltración policial y secreto de sumario. B) Prórroga de la infiltración policial. C) Extinción de la infiltración. III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA INFILTRACIÓN POLICIAL. 1. Aplicación del principio de proporcionalidad en la infiltración policial. A) Presupuestos del principio de proporcionalidad. A.1. Presupuesto formal: el principio de legalidad. A.2. Presupuesto material: El principio de justificación teleológica. B) Requisitos del principio de proporcionalidad. B.1. Idoneidad. B.2. Necesidad. B.3. Proporcionalidad en sentido estricto. B.4. Requisitos Extrínsecos. A. Motivación. 2. Juicio de proporcionalidad en la actuación del agente encubierto.

I. INTRODUCCIÓN

Ya hemos analizado los presupuestos materiales o externos necesarios para la adopción de la infiltración policial. En el presente capítulo, le toca el turno a los requisitos o condiciones de procedibilidad, necesarios para que la actuación de los agentes policiales se pueda considerar legítima Estado cuando éstos actúan como agentes infiltrados.

Los temas que tocaremos en este capítulo se refieren en primer lugar, en cuanto al órgano que debe autorizar la medida, distinguiendo entre órgano judicial o Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, analizaremos las autorizaciones existentes en la infiltración encontrando, la autorización del Ministro del Interior otorgando la identidad supuesta —que permanecerá separada de la tramitación del proceso y será secreta incluso hasta después de haber finalizado el juicio oral dado el caso—; la autorización que adopte

la infiltración policial, que debe reunir una serie de características que veremos en su momento; y por último, aquellas que sean necesarias para desarrollar actividades complementarias que supongan la limitación de un derecho fundamental y un exceso en el engaño que subyace a la infiltración.

En tercer lugar, analizaremos el control en el curso de la intervención del agente encubierto. El fundamento de este control radica en el carácter extraordinario de la infiltración policial. Mediante el mismo, se permite a las autoridades de persecución penal¹ la extinción de la infiltración policial así como su prórroga.

En cuanto a la duración de la medida, debe ser considerado como un punto controvertido por varios motivos: en primer lugar, porque ninguna legislación hace referencia a la duración de la infiltración policial propiamente dicha, si no sólo al tiempo permitido para hacer uso de la identidad supuesta; en segundo lugar, la disyuntiva planteada entre la duración de la identidad supuesta y el secreto de sumario (obligado en los casos de la intervención del agente encubierto); en tercer y último lugar, la necesidad, llegado el caso, de hacer uso de prorrogas de la identidad supuesta para asegurar el éxito de la infiltración policial.

Por lo que respecta a la extinción de la infiltración, analizaremos las causas que la originan así como el procedimiento para garantizar la seguridad del agente por finalización anticipada de la operación.

Para finalizar analizaremos el principio de proporcionalidad, de exigida observancia, en todas aquellas medidas que redunden en la eficacia de los derechos fundamentales o libertades públicas como es el caso de la infiltración policial pues como dijimos, en nuestra opinión, desde el inicio de la intervención de un agente encubierto, se limita el derecho a la intimidad o privacidad de las personas investigadas, así como la eficacia de otros derechos fundamentales por actuaciones del infiltrado con fundamento en el engaño que subyace a la infiltración.

II. REQUISITOS DE PROCEDIMIENTO

En este epígrafe estudiaremos, tanto los órganos habilitados para autorizar la infiltración policial, como las diferentes autorizaciones existentes en esta medida y los requisitos necesarios con los que deben contar.

1. Órganos habilitados para autorizar la infiltración policial

Hay que partir de la idea que sitúa a la infiltración policial, en la fase de instrucción o investigación del delito en el ámbito del proceso penal. Por ello, para determinar el órgano competente para autorizar la medida, es necesario remitirnos al sistema procesal penal de los diferentes Estados diferenciando, entre aquellos en los que se otorga la dirección de la fase de instrucción al Ministerio Fiscal y aquellos que la tiene encomendada el órgano judicial.

Así, Alemania, Portugal e Italia, tienen reconocida a la figura del Fiscal como director de la investigación penal. Mientras que España, Francia y Bélgica, tienen encomendada la instrucción a un órgano judicial.

En España, el tema de la dirección de la instrucción penal, que tiene encomendado el órgano judicial desde la LECrim de 1882, no está exento de discusión. En este sentido, se mantiene por la doctrina que la futura reforma del sistema procesal español, debe ir encaminada a atribuir al Ministerio Fiscal el control de la dirección, dejando al órgano judicial tan sólo tareas jurisdiccionales¹. Es decir, el modelo que se pretende para el sistema procesal español, es el de atribuir al Fiscal la dirección y el poder de la investigación, pues como órgano público llamado a sostener la acusación en el juicio oral debe obtener, los elementos probatorios a tal fin para practicarlos en el juicio oral y lograr el convencimiento del juzgador². Así, se dejaría

¹ MORENO CATENA, «La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal», en *La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal*, Centro de Estudios jurídicos, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005. pág. 56-57. Señala el Prof. Moreno que con esta modificación en la LECrim se permite llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer velar los principios de publicidad, contradicción e igualdad en el inicio del procedimiento. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, «La reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal», en *La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal*...op. cit., pág. 29 y ss.

² Vid. MORENO CATENA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Introducción al derecho procesal*...op. cit., pág. 84-85.

al juez de garantías, sólo para aquellos actos exclusivamente jurisdiccionales³.

En este sentido, se han producido algunas reformas a la LECrim, donde se deja entrever la inspiración de los modelos procesales europeos en los que el Fiscal tiene la dirección de la investigación. Así, el procedimiento abreviado y el procedimiento de menores, son dos claros ejemplos de control por parte del fiscal de la fase de investigación, salvo que necesiten en el curso de su actuación la limitación de derechos fundamentales en cuyo caso tendrán que acudir al órgano judicial competente.

Centrándonos ya en la medida de investigación objeto de este trabajo, se señala en la LECrim que tanto el órgano judicial competente, como el Ministerio Fiscal, podrán autorizar la intervención de un agente encubierto. Aunque debemos recordar que la infiltración policial suele ser una medida de iniciativa policial. Es decir, tanto el diseño, como el modo de actuar del agente encubierto, queda encomendado a los mandos policiales, lo que no excluye la posibilidad de que la sugerencia de iniciar una infiltración policial parta del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal.

De este modo, el ordenamiento español es el único que concede potestades para autorizar la infiltración policial a dos órganos, el Ministerio Fiscal o el Juez de instrucción. Además, no especifica la necesidad de acudir a uno u otro, sino que la Ley los faculta indistintamente.

En otros ordenamientos jurídicos la infiltración policial, viene atribuida en exclusiva a uno u otro órgano. Así, en el ordenamiento jurídico alemán la tiene atribuida el Ministerio Fiscal en exclusiva. Siendo el único órgano encargado de su adopción es el Fiscal. En el ordenamiento Belga, depende de donde se sitúe la infiltración, es decir, concede la autorización el fiscal en el marco de la información, y el juez de instrucción, en el marco del sumario. En Argentina, la autorización sólo la podrá conceder el órgano judicial, debiendo estar suficientemente motivada. En Bogotá, autoriza la infiltración el Fiscal

³ *Ibidem*. Se señala que la instrucción de las infracciones penales debe sus- traerse a los jueces y tribunales ya que no es una actividad contenida en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*) y tampoco se corresponde con la garantía de derechos en razón del principio de exclusividad en sentido negativo proclamado en la CE.

previa autorización del coordinador de la unidad. En Chile, por su parte, será el Ministerio Público quien autorice la medida bajo el control del juez de garantías. Y por último, en Paraguay serán autorizados judicialmente.

No obstante, cuando en el curso de la infiltración se estime la necesidad de restringir determinados derechos fundamentales, el Ministerio Público o los agentes que dirijan la operación deberán acudir al juez de garantías para que éste las autorice, por ejemplo, intervención de comunicaciones, registro domiciliario e instalación de micrófonos o cámaras ocultas.

A) Órgano judicial

Conforme al principio de reserva Jurisdiccional, quedan atribuidas a la Jurisdicción la autorización de las medidas limitativas de derechos fundamentales.

No obstante, como hemos afirmado a lo largo del trabajo, la intervención de un agente encubierto no siempre limitará derechos fundamentales, sino que dependerá de la actuación concreta que se desarrolle por el infiltrado. De este modo, existirán diversos grados de infiltración conforme a la intensidad con la que el agente encubierto se relacione con los miembros de la organización.

Sin embargo, debemos manifestar que, en nuestra opinión, la infiltración policial, debe quedar reservada a la autorización del órgano judicial competente. Y ello se debe a varios motivos. En primer lugar, la utilización del engaño que supone la infiltración policial y la posible incidencia en el plano de los derechos fundamentales de las personas investigadas⁴. En segundo lugar, por la intensidad con que se produce la presencia engañosa del Estado en la organización criminal, y además prolongada en el tiempo. Y en tercer y último lugar, porque todavía la instrucción está encomendada al órgano ju-

⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos»...op. cit., pág. 3. Establece que la mera presencia, sin actuaciones complementarias, de un agente encubierto en la organización criminal afecta a la intimidad *latu y stricto sensu* de los investigadores. Esta afirmación yace de la exigencia del apartado 1 del artículo 282.bis LECrim al someter el inicio de la operación a una autorización.

dicial y esta medida se da en esta fase en el marco de un concreto proceso penal⁵.

De esta forma, tal y como afirma GÓMEZ DE LIAÑO, la autorización inicial de la infiltración policial de un agente encubierto va a provenir del Juez de Instrucción en dos casos concretos: por exigencias legales de incompatibilidad entre la preinstrucción del Ministerio Público y la vigencia de la instrucción judicial y por motivos de razonabilidad procesal⁶.

Por otro lado, para que el órgano judicial competente pueda autorizar la infiltración policial, es necesario que tenga conocimiento de la comisión de determinados ilícitos que merecen reproche penal. En este sentido, la *notitia criminis* será transmitida al órgano judicial competente por el Ministerio Fiscal o por los mandos policiales los que directamente acudan al órgano judicial para que les autorice la medida⁷.

En cuanto al órgano judicial competente para adoptar la infiltración, señala al respecto la Constitución Española en su artículo 24.2, el derecho al juez legal, es decir, que el órgano judicial venga predeterminado por la ley, lo que significa que se establecen con carácter general y abstracto las normas de criterio de distribución de los litigios entre los tribunales de justicia⁸. Así, aplicando este prin-

⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 190. En concreto, las atribuciones están establecidas en los artículos 87 LOPJ, para los juzgados de Instrucción en el caso en que el concommitando del delito corresponda a la Audiencia Provincial y a los Juzgado de lo Penal. Y el artículo 88 LOPJ correspondiente a los Juzgados Centrales de Instrucción, al cual se le atribuye la instrucción de los delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala Penal de la Audiencia Nacional o los Juzgados Centrales de lo Penal.

⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 191. «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos»... op. cit., pág. 4.

⁷ En este sentido dispone GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 191. que en el caso en de que la autorización se solicite cuando aún no se encontraba en marcha instrucción judicial alguna, deberá necesariamente el Juez de Instrucción darle comienzo a la vez que se acuerda la infiltración.

⁸ DE DIEGO DÍEZ, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 15. RUIZ RUIZ, *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 120-121. Establece el autor que el derecho al juez legal también es aplicable a la fase instructora del proceso penal.

cipio del ordenamiento procesal a la infiltración policial y siguiendo estas normas generales y abstractas de reparto, desde un criterio meramente funcional el juez de instrucción será el encargado de autorizar la medida como repetidamente hemos dicho⁹.

En concreto, en España, la LOPJ, le confiere la investigación de los delitos a dos órganos: el Juzgado de Instrucción territorialmente competente conforme al artículo 15 de la LECrim y el Juzgado Central de Instrucción¹⁰. El Juzgado Central de Instrucción, se encargará de la investigación de los delitos que vienen establecidos en el artículo 65 LOPJ¹¹.

⁹ Puesto que las normas de competencia funcional viene a establecer con toda precisión los tribunales que han de intervenir en cada fase del procedimiento o en cada acto procesal concreto que se lleve a efecto. MORENO CATENA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA), *Derecho Procesal Penal...* op. cit., pág. 200.

¹⁰ La creación de la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales, se debe a las necesidades de la moderna sociedad industrial, sufre la proliferación de nuevos modos de delincuencia, de extensión e intensidad desconocida hasta hace poco tiempo. El tráfico organizado de moneda, drogas y estupefacientes, la existencia de grupos que, bajo apariencias de seriedad empresarial, defraudan a una pluralidad de personas, los supuestos especialmente nocivos de fraudes alimenticios o de sustancias farmacéuticas o medicinales con efectos lesivos dispersos en diversas zonas del territorio nacional, son ejemplos bien expresivos, entre otros posibles, de modalidades delictivas para cuya investigación y enjuiciamiento resulta inadecuada una administración de justicia organizada en juzgados y audiencias de competencia territorial limitada. De ahí la necesidad de crear órganos de la jurisdicción ordinaria que, sometidos de manera incondicionada a las normas generales de provisión de cargos judiciales y a las de enjuiciamiento que, con carácter también general, regulan el proceso penal, puedan dedicarse, con plenitud de garantías para el ciudadano y la sociedad, al conocimiento de este tipo de delitos. [Exposición de Motivos del Real Decreto -Ley 1/1977, de 4 de enero, por el que se crea la Audiencia Nacional].

¹¹ No obstante, hay que tener en cuenta tal y como señala DEL CERRO ESTEBAN, que *no existe una estructura judicial especializada en los delitos relativos al crimen organizado, sendo de aplicación las normas generales de competencia y conexión* contenidas en la LECrim. Esta laguna de nuestro ordenamiento jurídico, provoca innumerables conflictos ante la dispersión de actuaciones de investigación entre diversos juzgados, generándose nuevos conflictos de competencia lo que repercute negativamente en la lucha contra la criminalidad organizada que de nuevo se ve favorecida por las deficiencias del sistema. En «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada»... op. cit., pág. 1347.

De esta forma, para atribuir la competencia a un órgano judicial concreto debemos tener en cuenta el elenco de delitos para los que se puede adoptar la infiltración policial. En este sentido, será competencia de los Juzgados de Instrucción los delitos relativos al secuestro de personas, a la prostitución y tráfico de vehículos. Mientras que será competencia del Juzgado Central de Instrucción, los delitos relativos al orden socioeconómico, los delitos de terrorismo y los delitos contra la salud pública¹²⁻¹³.

En aquellos casos en que la infiltración policial se da en un proceso ya iniciado, el órgano competente para su autorización será el que esté conociendo de la causa. En todo caso, el juez de instrucción competente tiene la obligación de dictar un auto en el que emita el preceptivo juicio de proporcionalidad en el que se reflejen los requisitos básicos de los actos de sacrificio de los derechos fundamentales.

Por otro lado, debemos considerar la posibilidad de que la infiltración policial sea autorizada mediante el *juez a prevención* o por *jueces delegados o comisionados*. Creemos conveniente comenzar analizando los supuestos en los que podrán actuar estos jueces *a prevención* y por *delegación*, para estimar si es posible que autoricen la intervención de un agente encubierto¹⁴.

Por *juez a prevención*, debemos considerar los jueces incompetentes que por conocer la *notitia criminis* vienen obligados a practicar las primeras diligencias. Los supuestos de aplicación, se determinan por falta de competencia territorial u objetiva para conocer del concreto asunto. Pueden manifestarse dos supuestos: en primer lugar,

¹² Refiere DEL CERRO ESTEBAN que en la práctica los juzgados suelen incoar diligencias previas en virtud de intervención de comunicaciones telefónicas hasta que en un indeterminado momento procesal deciden la inhibición a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada», op. cit. pág. 1349.

¹³ MAGRO SERVET, «Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada», en *La Ley*, n° 6843, diciembre 2007, D-273, pág. 4 y ss. El autor aboga por la creación de Juzgados provinciales contra la delincuencia organizada que cuenten con los medios adecuados y faciliten la coordinación con la policía y la fiscalía, mejorando así, según el autor, los instrumentos en la lucha contra las nuevas formas de criminalidad que estamos detectando.

¹⁴ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal*... op. cit., pág. 346-350.

cuando el juez de instrucción es objetivamente incompetente (porque la instrucción vaya dirigida a personas aforadas), y en segundo lugar, cuando el juez de instrucción no tiene competencia territorial para conocer un determinado asunto (por ejemplo, los delitos cuya instrucción compete al Juzgado Central de Instrucción).

Conforme al artículo 307 LECrim, las primeras diligencias o diligencias a prevención, no podrán tener una duración superior a tres días. Por ello, creemos que cuando la policía judicial, solicita la autorización de la infiltración policial a un naturalmente incompetente, éste tendrá la obligación de iniciar la instrucción y autorizar la infiltración policial aunque, tendrá que remitir todas las actuaciones al juez de instrucción competente, en el plazo máximo de tres días.

La posibilidad de que la infiltración se pueda acordar *a prevención* se manifestará sólo en los supuestos en que la solicitud se haga llegar a un juez de instrucción territorialmente incompetente o cuando se solicita a un juez de instrucción teniendo atribuida la competencia para el caso concreto, el Juez Central de Instrucción.

No obstante, sabiendo que la infiltración policial es una medida diseñada por los mandos policiales¹⁵, y teniendo en cuenta que es de difícil concepción la urgencia en esta medida, consideramos que no cabe la posibilidad de que la infiltración policial sea autorizada *a prevención*. Los mandos policiales, tendrán conocimientos suficientes para saber a qué órgano judicial deben remitir la solicitud sobre todo porque en ella deberán poner de manifiesto la intención de infiltrar a un agente para investigar una determinada organización criminal que actúa en una determinada zona geográfica. En todo caso, se debería reservar al órgano judicial competente la facultad de revocar o ratificar dicha decisión, en cumplimiento de sus atribuciones y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En ningún caso, podrá el juez de paz acordar la infiltración policial.

¹⁵ Para acreditar la concurrencia de los factores de necesaria existencia en un entramado organizativo para poder autorizar la infiltración policial, previamente, es necesario un trabajo policial complejo basado en el control de las actividades de los integrantes del grupo objeto de investigación-vigilancia y seguimiento. en HERNANDO MARTÍN, «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones»... op. cit., pág. 1392.

Otro de los supuestos planteados es que la infiltración policial, pueda autorizarse por delegación pero convenimos que no sería posible. La delegación, sólo se produce cuando el Juez de Instrucción competente delega de manera expresa una concreta actuación al Juez de Paz correspondiente de su demarcación territorial, conforme al artículo 310 de la LECrim. El juez de paz, es una persona lega en derecho que se encuentra fuera del poder judicial como organización y al que se le excluye el carácter profesional.

En este sentido, recordamos que la infiltración policial es un medio extraordinario de investigación que aunque, en un primer momento, no sea limitativo de derechos fundamentales, su desarrollo revela la posible restricción de éstos. Esta circunstancia, junto con el uso del engaño, son motivos suficientes para negar la validez de la delegación en estos concretos casos sobre todo si tenemos en cuenta que al juez delegado se le niega la posibilidad de adoptar medidas que restrinjan derechos fundamentales.

Si bien es cierto, que la LECrim faculta también al Ministerio Fiscal para adoptar la medida y que éste tampoco goza de carácter jurisdiccional, su función, al igual que el juez a prevención, es para garantizar la seguridad en la actuación. No obstante, cabe entender que, en ningún caso, pueda permitirse la delegación expresa, negando así la posibilidad de que el juez competente conozca las circunstancias concretas de la situación.

Por otro lado, debemos recordar que la investigación de la criminalidad organizada puede incluirse en alguno de los supuestos de conexión previstos en el artículo 17 LECrim. Como regla general, para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo deberá abrirse un procedimiento penal independiente¹⁶. Sin embargo, razones de economía procesal y seguridad jurídica —en tanto en cuanto puede evitarse la concurrencia de dos pronunciamientos diferentes por los mismos hechos— justifican que ante una pluralidad de hechos delictivos se enjuicien en un mismo procedimiento, y se dicte una única sentencia con tantos pronunciamientos como hechos se hayan conocido.

¹⁶ MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2008, 3ª edición, pág. 87.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la aplicación de las reglas de conexión en los casos de criminalidad organizada, suponen la formación de macroprocesos que constituyen una perturbación en el sistema judicial en tanto en cuanto son estructuralmente insoportables¹⁷.

Por último, el órgano judicial será quien, en todo caso, conceda las prórrogas de la infiltración policial, puesto que desde el momento inicial al autorizar la medida, (cuando los mandos policiales le transmiten su intención de realizar una operación encubierta) o cuando el Ministerio Fiscal le comunica que ha sido autorizada la intervención de un agente encubierto, mantiene la dirección de la fase de investigación judicial y por tanto, todo lo que en ella acontezca.

B) El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal, conforme a la LECrim está legitimado para autorizar la infiltración policial¹⁸. No obstante, esta facultad no está exenta de críticas por parte de la doctrina, provenientes fundamentalmente de la indefinición de funciones que para este caso concreto tiene atribuidas órgano judicial y Fiscal¹⁹. En este sentido, encontramos autores como RIFÁ SOLER que considera discutible la facultad

¹⁷ DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada»...op. cit., pág. 1348.

¹⁸ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, establece que el Ministerio Fiscal podrá realizar algunas diligencias que afecte a derechos individuales para cuya restricción la CE no precisa intervención judicial, no infringiendo la CE si cumple con el resto de presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad. En el caso de la infiltración policial, si el único derecho fundamental que se afectara fuera el derecho a la intimidad (puesto que el artículo 18.1 CE no reclama la intervención judicial para su limitación), esta afirmación nos podría servir para sustentar la potestad otorgada por el art. 282.bis al Ministerio Fiscal. Pero la intervención de un agente encubierto, supone algo más que la simple limitación del derecho a la intimidad. En *Proporcionalidad y derechos fundamentales el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pág. 124.

¹⁹ Entre aquellos que critican la facultad otorgada al Fiscal encontramos a DELGADO MARTÍN, el cual se opone a la autorización del Fiscal para la infiltración policial exceptuándola solo en casos de urgencia. En *Criminalidad organizada*...op. cit., pág. 65.

que se otorga al Fiscal para adoptar la medida, limitándose a dar cuenta al Juez de Instrucción²⁰.

Podría entenderse, que la facultad dada por la LO 5/1999 se entiende como una excepción al principio de exclusividad Jurisdiccional en un momento previo, es decir, la limitación de algunos derechos fundamentales no tiene porqué ir precedida de una autorización judicial²¹, sino que por el contrario puede darse un control posterior. Pero la intervención judicial posterior es, en todo caso, necesaria para no quebrantar los postulados esenciales del principio de proporcionalidad²², ni, sobre todo, la garantía judicial de los derechos fundamentales.

No obstante, para analizar la conveniencia o no de que el Ministerio Fiscal pueda autorizar la intervención de un agente encubierto, es necesario traer a colación los dos momentos relevantes que distinguimos en el seno de la infiltración policial. Así, existe un primer momento de acercamiento, donde el grado de afectación de los derechos fundamentales puede resultar nulo. Y un segundo momento, en el que el agente encubierto entra en la organización criminal adoptando un rol determinado, de tal forma que se incrementa la posibilidad de restricción de los derechos fundamentales de las personas investigadas.

Teniendo en cuenta esto, estimamos que no cabe duda que sería posible que el Ministerio Fiscal llevase a cabo la autorización de la

²⁰ Igualmente GASCÓN encuentra cuestionable la atribución al MF ya que considera que en tanto en cuanto la infiltración policial es inherente a la existencia de una instrucción abierta o su apertura al tiempo de proceder a autorizarla es función del órgano judicial competente para la causa. En *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 183.

²¹ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos...* op. cit., pág. 110. Como ejemplo tenemos diversos preceptos en la LECrim que ratifican esta postura. En relación con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, prevé el artículo 553 LECrim que faculta a las autoridades policiales entrar en un domicilio sin necesidad de autorización judicial cuando exista mandamiento de prisión o cuando sean sorprendidos en flagrante delito si se oculta o refugia en alguna casa el presunto culpable. En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones el artículo 579.4 LECrim, faculta al Ministro del Interior a intervenir las comunicaciones por motivos de urgencia en el marco de investigaciones relacionadas con actuación de banda armada o elementos terroristas.

²² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 186.

infiltración policial en su primera fase²³. No obstante, en el segundo momento de la operación, deviene la necesidad de que el Ministerio Fiscal comunique su decisión al órgano judicial competente de inmediato pues crecen las posibilidades de que la actuación del agente conlleve alguna limitación fundamental²⁴ (entradas por invitación en un domicilio, las conversaciones similares a interrogatorios que pueden mantenerse con los integrantes de la organización, ect...) pues su Estatuto Orgánico le faculta para desarrollar cualquier actuación tendente a esclarecer los hechos concreto, salvo que éstas limiten derechos fundamentales.

Podríamos aducir otros argumentos como la urgencia de la operación para apoyar el protagonismo del Ministerio Fiscal en la infiltración policial. Pero, en nuestra opinión y teniendo en cuenta el operativo que conlleva la infiltración y las personas involucradas en su desarrollo, nos resulta imposible encontrar razones de urgencia que motiven a la policía acudir al Ministerio Fiscal para solicitar el inicio de la infiltración policial²⁵.

Dentro de la organización del Ministerio Fiscal, la competencia para llevar a cabo la práctica de esta diligencia, la tiene encomenda-

²³ La potestad para adoptar la infiltración policial, al Ministerio Fiscal, le viene dada por el artículo 5 del EOMF y la Circular 1/1989, de 8 de marzo, dispone que el fiscal podrá llevar a cabo diligencias para el esclarecimiento de los hechos cuando haya recibido denuncia o atestado, pero en ningún caso se limita esta facultad al procedimiento abreviado, sino que por el contrario el se incluirán todos los delitos aunque deben quedar sometidos al procedimiento ordinario. A este respecto establece GÓMEZ DE LIAÑO que *circunscribir la investigación preliminar al exclusivo ámbito del procedimiento abreviado, supone vedar al MF para autorizar la investigación de agentes encubiertos en la investigación de unos concretos delitos recogidos en el apartado 4 del artículo 282.bis LECrim, que llevan aparejadas penas abstractas superiores a los nueve años y por tanto no habría correlación entre la posibilidad concedida al Fiscal de autorizar el recurso a agentes encubiertos y el ámbito objetivo de la medida*. En *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 184.

²⁴ Afirma CHOCLÁN es necesario un control previo de la autoridad judicial. en *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal...* op. cit., pág. 63.

²⁵ En este sentido, puesto que la infiltración policial requiere de una estrategia diseñada por los mandos policiales, es difícil imaginar alguna situación de urgencia en la que se infiltre un agente en una organización criminal. RIFÁ SOLER, JM., «La figura del infiltrado como sujeto de protección»,... op. cit., pág. 140.

da las Fiscalías especiales. Conforme al artículo 19 del EOMF éstas son: la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la corrupción y la criminalidad organizada²⁶.

Otro de los fundamentos para sustentar la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda autorizar la infiltración policial, radica en la dependencia funcional que de ellos tienen los miembros de la policía judicial. En este sentido, señala el artículo 4.1.4º del EOMF que el fiscal podrá ordenar a la policía judicial todas aquellas diligencias que estime oportunas. Asimismo, la policía judicial cuando actúe por iniciativa propia (diseñando la operación encubierta) podrá acudir a los jueces y tribunales o fiscales, indistintamente, para que autoricen la infiltración policial.

No obstante todo lo anterior, está referido a que la infiltración policial se desarrollará en el marco de un proceso penal ya abierto o que el comienzo de la infiltración policial abrirá el sumario. Por ello, en los supuestos en que haya sido el Ministerio Fiscal el que autorizó la medida, debe darse en el marco de unas diligencias de investigación para el descubrimiento y sanción de los delitos del artículo 282. bis cometidos por una organización criminal²⁷.

Hemos dicho con anterioridad que una vez adoptada la decisión por el Ministerio Fiscal, tiene la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente por el carácter restrictivo que esta medida tiene para con los derechos fundamentales. En este caso ha sido la doctrina la que ha establecido los parámetros de control, que evidentemente será realizado a posteriori. Una vez comunicada la decisión del Fiscal de autorizar la infiltración policial, el órgano judicial competente deberá confirmarla o revocarla para ejercer un verdadero control judicial²⁸.

²⁶ Conforme a la nueva redacción del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal tras la entrada en vigor de la Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

²⁷ MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España»...op. cit., pág. 42.

²⁸ Aunque la LECrim no dice nada al respecto, resulta obvio que el Juez de Instrucción tiene la facultad tanto de dictar un auto como de revocar la autorización del Ministerio Fiscal. Establece GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de...* op. cit., pág. 190, que el plazo que ostentará el juez para confirmar o revocar la autorización será de 72 horas, aplicando para llegar a esta conclusión

De la misma forma, la ley omite el plazo que tiene el órgano judicial para revocar o ratificar la decisión del Fiscal²⁹. En ese sentido tal y como ocurre en otras diligencias de investigación, el plazo máximo de comunicación será de 72 horas. Así, el artículo 579.4 LECrim establece, el plazo de 72 horas para que el juez competente revoque o confirme la autorización para la intervención de las comunicaciones otorgada por el Ministro del Interior o Director de la Seguridad del Estado, en casos de urgencia cuando se realicen la averiguación de delitos relacionados con la actuación de banda armada o elementos terroristas. El fundamento para aplicar este plazo radica, en el carácter de urgencia con el que se acuerda la medida concreta, pues

las previsión recogida en el artículo 579.4, que contempla esta posibilidad en investigaciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. En el mismo sentido establece GASCÓN que el plazo para la convalidación o revocación del decreto otorgado por el Fiscal, por analogía será el establecido en el 579.4 LECrim, cifrado en 72 horas. En *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 204. RIFÁ SOLER, «La figura del infiltrado como sujeto de protección»...op. cit., pág. 140, el cual establece que cuando la medida la acuerde el Fiscal ha de dar cuenta inmediata al Juez, que debe abrir diligencias previas o sumario, o también denegar la medida solicitada por entender que no concurren los requisitos para ello. Una postura contraria, a esta facultades del juez de instrucción de convalidación o revocación de la autorización del Fiscal, es la de ZARAGOZA AGUADO, el cual establece que a tenor de la dicción literal del precepto, no parece que el Fiscal deba remitir las diligencias que haya practicado por el hecho de poner en conocimiento del Juez la autorización otorgada, y éste tampoco a incoar un proceso penal por esa simple comunicación, dado el carácter preprocesal de las indagaciones y actuaciones que se pueden estar practicando. En «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 13.

²⁹ MUERZA ESPARZA se pregunta qué significado hay que dar a la dación de cuentas que impone el artículo 282.bis, ya que dos opciones, o entender que la comunicación es a los solos efectos informativos, pero que es el MF el que da la autorización o interpretar que es en última instancia el juez de instrucción el que la concede. Así para el autor la respuesta depende de la fase del proceso en que nos encontremos: si la autorización se da antes de iniciar un proceso, es el MF el encargado de conceder la autorización, según el tenor literal del precepto. Si el proceso ya se inició y dada la previsión establecida en el artículo 773.3 LECrim, el encargado de concederla será el juez de instrucción, en la medida en que el MF debe apartarse de la investigación cuando sobre los mismos hechos existe un procedimiento judicial. En, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 561-562.

debemos considerar el breve espacio de tiempo que puede darse entre los dos momentos de la infiltración³⁰. Teniendo en cuenta esto, una vez que el juez competente haya revocado o confirmado la medida, el Ministerio Fiscal debe apartarse de la investigación del concreto hecho delictivo.

En definitiva, considerando que en la infiltración policial, la limitación de derechos fundamentales no se producirá desde el primer momento de la operación, afirmamos que es factible la facultad otorgada al Ministerio Fiscal para autorizar la infiltración policial. Ahora bien, debido al carácter extraordinario de la medida, junto con la limitación de derechos fundamentales producida en el segundo momento, es necesario que la autorización del Fiscal vaya seguida de un control judicial efectivo y a la menor brevedad posible. Sólo así podremos considerar que la operación se situará en los parámetros del Estado de Derecho. Este control debe realizarse antes de entrar en la segunda fase de la infiltración policial donde se acrecienta la posibilidad de restringir los derechos fundamentales de las personas investigadas. Recuérdese que la actuación bajo identidad supuesta, supone realizar algunos actos que limitan derechos fundamentales, pero que al derivar del engaño que subyace a la infiltración, consideramos quedan legitimados por la autorización general para la operación. Es más, la premura y espontaneidad con la que éstos surgen, revela la imposibilidad de comunicárselo al órgano competente. Por esta razón, no podemos negar la facultad otorgada al fiscal pero afirmamos la conveniencia de que sea el órgano judicial el que, desde el comienzo de la infiltración, dirija la intervención del agente encubierto o al menos, si no es posible, que controle a posteriori su utilización y desarrollo.

³⁰ Aunque realmente en la infiltración policial realmente no cabe hablar de supuestos de urgencia. Y no cabe hablar de supuestos de urgencia porque la infiltración policial surge de un estudio de los mandos policiales de la viabilidad de la medida. Y es este otro de los motivos por los que nos decantamos a pensar que es el órgano judicial el que debe autorizar la medida. Este plazo ha sido puesto de relieve por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de octubre de 2006 (*Tol 1027164*), que conoce un caso de intervención de agente encubierto en la red para la investigación de una organización dedicada a la pornografía infantil. En dicha sentencia se establece: «por Decreto del Fiscal de la Audiencia de Pontevedra de 25-11-2005, fue autorizado a actuar el TIP R-...?U como agente encubierto; autorización que ratificó el Juzgado Instructor por auto de 27-11-2005».

2. Adopción de la infiltración policial

Las infiltraciones policiales, serán diseñadas por los mandos policiales que comunicarán su empeño en realizar esta operación al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal, tal y como analizamos en el epígrafe anterior.

Cuando el fiscal o el instructor competente, observen la concurrencia de todas las circunstancias necesarias para la adopción de la medida, deberán solicitar al Ministerio del Interior una identidad supuesta, que de cobertura a la actuación del agente infiltrado durante el transcurso de todo el proceso penal concreto en que se desarrolla la infiltración policial. La autorización en la que se concede la identidad supuesta, tendrá carácter administrativo. Por ello, no hay que considerarla una autorización más, sino simplemente la parte administrativa, por la que se concede uno de los presupuestos de la infiltración, que queda integrada en la resolución mediante la que se autoriza la infiltración policial.

Una vez otorgada por el Ministerio del Interior la identidad supuesta, el órgano competente deberá autorizar la infiltración policial.

La identidad supuesta es un elemento imprescindible para la entrada de un agente en el seno de la organización criminal. Además, para proceder a la infiltración, es necesario que exista una autorización de los órganos competentes donde se examinen la concurrencia de todos los elementos necesarios para proceder. Ambas resoluciones, la judicial (pues como hemos establecido la autorización del Fiscal debe ser ratificada por el órgano judicial competente) y la administrativa, deben existir en todas aquellas operaciones encubiertas que se realicen bajo el amparo del artículo 282.bis LECrim, esto es, todas las infiltraciones consideradas de larga duración.

Por último, podrá existir una tercera resolución o resoluciones, que autoricen las concretas diligencias limitativas de derechos fundamentales que deban desarrollarse en el transcurso de la infiltración. Estas resoluciones, no son de necesaria existencia en todas las infiltraciones pues dependerá en gran medida del rol que adopte el agente encubierto durante la infiltración.

A. Autorización general para la infiltración policial

Establece la LECrim que, la resolución que autorice la medida deberá ser motivada y en ella se consignará la identidad real y supuesta del agente encubierto³¹, ésta quedará reservada y las partes no podrán conocer el contenido de la misma puesto que la vida del agente corre peligro en el caso de que los miembros de la organización tengan conocimiento de su verdadera identidad.

No obstante, la autorización inicial ha de entenderse llamada a cubrir la presencia engañosa del agente en el círculo criminal³². Con ella, se autoriza la utilización de la identidad supuesta. Sin embargo, como afirma GASCÓN, la autorización inicial debe hacer expresa mención a las actividades que el agente está facultado a realizar³³.

La resolución, mediante la que se adopta la infiltración policial, revestirá la forma de auto debidamente motivado tal y como determinamos en el estudio del principio de proporcionalidad³⁴. A este respecto, dispone nuestro ordenamiento jurídico que deben adoptar la forma de auto las resoluciones que las leyes procesales impongan³⁵. Aunque la LECrim al respecto de autorizar la infiltración policial, sólo destaca la necesidad de que se haga mediante resolución fundada, debemos colegir que el auto nos parece la resolución más idónea por varios motivos. En primer lugar, porque se el artículo 282.bis LECrim impone la motivación de la resolución³⁶. Y en segundo lugar, y más importante, por el carácter de extraordinario con que se cata-

³¹ RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»...op. cit., pág. 162.

³² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos»...op. cit., pág. 4.

³³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente*...op. cit., pág. 209. CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*...op. cit., pág. 61.

³⁴ El ordenamiento belga permite que en caso de urgencia la autorización se realice de forma verbal.

³⁵ Vid. artículo 242.1 b) LOPJ.

³⁶ Señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1995, de 5 de junio, que la resolución para utilizar un medio de investigación limitativo de derechos fundamentales, habrá de revestir la forma de auto, de modo que nunca puede decretarse a través de una providencia pues en ese caso, de declarará la nulidad del concreto medio de investigación. Vid. MORENO CATENA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal*...op. cit., pág. 254 y ss.

loga la infiltración policial y su injerencia en el sistema de derechos fundamentales, derivada de la actuación del agente encubierto.

Con respecto al contenido propio del auto que autorice la infiltración policial, además de la motivación debe contener los siguientes aspectos³⁷:

1. Los delitos cuya comisión se sospecha y que pueden ser objeto de investigación por el agente encubierto: es necesario que la autorización tenga el suficiente grado de concreción, es decir, que exprese los delitos para cuya supuesta comisión se ha constatado y se va a tratar de investigar por el agente encubierto. Por ello, para su adopción, es necesaria la existencia de indicios, es decir, se procederá a la autorización cuando existan razones objetivas que permitan afirmar la probabilidad de que ese sujeto esté cometiendo o haya cometido un delito³⁸.
2. El imputado o imputados objeto de investigación, siendo suficiente con hacer referencia a los datos de los que pueda deducirse su identificación. En el caso de la infiltración, se investiga a las personas integrantes de una organización criminal. El problema es que realmente, al comienzo de la infiltración policial no se conoce la identidad de las personas objeto de investigación, ni siquiera el número exacto de integrantes de la organización. Por ello, es preciso que la autorización, al menos, haga especial hincapié en datos o rasgos característicos con los que se identifiquen a los integrantes de una concreta organización.
3. La duración de la infiltración policial: en principio, dispone el artículo 282.bis LECrim que la duración por lo que se concede de seis meses. No obstante, puede ser menor, ya que el órgano judicial competente dependiendo de la información que vaya obteniendo del agente encubierto puede dar por finalizada la investigación antes del plazo de los seis meses por entender que no procede continuar con la investigación. Sin embargo, una vez que el plazo por el que se autoriza la infiltración haya finalizado si se estima que es necesario que la investigación

³⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente*...op. cit., pág. 208-209. DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada*...op. cit., pág. 89 y ss.

³⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El agente encubierto»...op. cit., pág. 1956. DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»...op. cit., pág. 108.

continúe, se prevé, en la LECRim, la prorroga de los seis meses por períodos de igual duración sin límite legal.

4. Las actividades que el agente está facultado a efectuar. En este sentido, al infiltrado se le puede autorizar la simple presencia en el entorno de la organización criminal, como mero observador (aunque no será lo común). O bien, puede ser habilitado para desarrollar otras tareas como es el adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mimos³⁹. Así, teniendo en cuenta el contenido de la autorización, el agente encubierto deberá tener presente para qué ha sido autorizado puesto que en caso contrario corre el riesgo de inutilizar todo lo obtenido en la actuación no autorizada expresamente, para un ulterior juicio y responder penal, civil o disciplinariamente por su actuación. No obstante, creemos posible que el infiltrado, una vez conozca el *modus operandi* de la organización, solicite una extensión de la autorización que le faculte para desempeñar otras tareas en el seno del entramado.
5. La identidad supuesta bajo la que actuará el agente encubierto: En ningún caso, esta autorización podrá contener la verdadera identidad del infiltrado que deberá quedar en pieza reservada.
6. Por último, podrá la autorización inicial hacer referencia al modo de comunicación, es decir, a las vías a través de las cuales deberá, el agente encubierto, transmitir la información que vaya obteniendo durante el transcurso de la operación. Y en su caso, los momentos en los que se dará traslado de los resultados que se vayan obteniendo en la investigación⁴⁰.

³⁹ MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España»...op. cit., pág. 41, establece que el agente encubierto o infiltrado viene amparado en su cometido por una identidad supuesta, y se le permite adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación. CHOCLAN MONTALVO, mantiene una posición contraria y entiende que la autorización judicial puede consistir simplemente en la autorización para la actuación bajo identidad supuesta, o puede comprender, además, que el agente encubierto puede adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. En *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*...op. cit., pág. 63.

⁴⁰ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*...op. cit., pág. 93.

En otros ordenamientos jurídicos, la ley regula expresamente el contenido básico de la resolución que autoriza la infiltración policial. Así, como ejemplo, el Código Procesal penal belga (§ 47) determina el contenido básico del auto mediante el que se adopta la infiltración. Éste deberá incluir: los delitos en que se justifica la necesidad de adoptar la infiltración; los motivos por los que la infiltración se considera indispensable para el caso concreto; si son conocidos los nombres o descripción de la persona objeto de investigación; el procedimiento mediante el que se realizará la infiltración policial; la duración de la medida (que no podrá exceder de 3 meses) y el nombre y la calidad del policía judicial que dirige la ejecución de la infiltración. El Código Procesal Penal francés (artículo 706-83) prevé que el contenido de la autorización, que deberá ser especialmente motivada bajo pena de nulidad, tiene que especificar: las infracciones que justifican el recurso de la infiltración; la identidad del agente bajo cuya responsabilidad se desarrolla la operación y la duración de la medida (que no podrá exceder de 4 meses).

La utilización del engaño como base que sustenta la investigación, junto con la presencia, prolongada en el tiempo, de los poderes públicos en la vida de las personas investigadas, y que se traduce en la posible incidencia en el sistema de derechos fundamentales, nos llevan a considerar que, la ausencia o falta grave de alguno de los requisitos de la autorización, no solo afectaría a la legalidad ordinaria, sino que además afectaría al sistema de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuyo efecto procesal es la inutilizabilidad de todo lo obtenido mediante dicha investigación encubierta y de lo que directamente de ella derive⁴¹.

Como hemos advertido, la autorización inicial tiene que hacer referencia a las actividades delictivas y a los sujetos que serán investigados mediante una infiltración policial. No obstante, de esto se puede derivar un problema. Si el agente encubierto, en el curso de una investigación, descubre la comisión de unos delitos diferentes de los

⁴¹ Hay opiniones encontradas, puesto que para un sector, como SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*...op. cit., pág. 766, la infiltración policial desde el primer momento no afectaría a ningún derecho fundamental y por tanto la ausencia o falta grave de alguno de los competentes de la autorización inicial supondría sólo el quebrantamiento de la legalidad ordinaria.

que estaba autorizado investigar, qué ocurre. ¿Ampararía la autorización inicial la investigación sobre estos nuevos hechos delictivos? En principio, la autorización inicial no facultaría al agente encubierto a una investigación que exceda del ámbito subjetivo o material para la que ha sido autorizado. En estos casos, el agente encubierto deberá solicitar, al órgano judicial competente⁴², una extensión, ya sea del ámbito objetivo o subjetivo, de la autorización inicial⁴³.

Para que se otorgue la extensión objetiva de la autorización, será necesario que el nuevo delito del que se tiene conocimiento entre dentro del ámbito de aplicación de la infiltración policial. En caso contrario, éste deberá comunicarlo a la autoridad penal, absteniéndose de continuar la averiguación de sus concretas circunstancias⁴⁴. Por su parte, el órgano judicial ante la toma en conocimiento de una *notitia criminis*, iniciará un nuevo proceso penal para la investigación del concreto ilícito, sin que en ningún caso, puesto que no se dan los requisitos, pueda autorizar para su investigación la infiltración policial⁴⁵.

Por otro lado, debemos afirmar que es posible que en el curso de la investigación el órgano judicial competente extienda la investigación a otras personas que en origen no estaban sometidas a ellas (extensión subjetiva). Esta circunstancia puede devenir cuando, el infiltrado, concreta los integrantes de la organización criminal que investiga, en cuyo caso una vez analizado por el órgano competente se concederá la autorización.

⁴² Creemos que es al órgano judicial competente al que debe pedirse la extensión de la autorización a pesar de que sea el Ministerio Fiscal el que haya autorizado inicialmente la infiltración policial. Ya que una vez que el Ministerio Fiscal comunica inmediatamente al órgano judicial la concesión de la autorización, se incoa el proceso penal, apartándose el Fiscal de sus labores de investigación y pasando el órgano judicial a tomar el mando de la instrucción. No obstante lo veremos más detenidamente cuando estudiemos el deber de información.

⁴³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 221-222. Establece el profesor Gascón, que estando en marcha una infiltración lícita, fundada en indicios de comisión de alguno de los delitos del artículo 282.bis 4, debería aplicarse la doctrina del «hallazgo casual» a aquellos otros delitos conexos que, por no haberse cometido organizadamente o por no encajar en el catálogo legal, no han podido ser objeto de una autorización expresa no de extensión posterior.

⁴⁴ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 69.

⁴⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 203.

Puede suceder también que, durante la investigación, el infiltrado entre en contacto con otras organizaciones conectadas con la que en principio era objeto de investigación. En estos casos, en que hay lazos de conexión entre diversos grupos organizados, la situación es diferente.¹ En primer lugar, debe comunicarse esta circunstancia al órgano judicial competente y éste, en el marco de un nuevo proceso penal, puede disponer de la diligencia de la infiltración, posiblemente con agente encubierto diferente⁴⁶.

A.1. Resolución administrativa por la que se otorga la identidad supuesta

Para la infiltración de un agente encubierto en el seno de una organización criminal, es necesaria una identidad supuesta⁴⁷, que será otorgada por el Ministro del Interior⁴⁸.

⁴⁶ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 69-70. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 205. No obstante, mientras que se obtiene la autorización judicial para proceder a la investigación surge el problema de delimitar la licitud o no de lo obtenido hasta el momento. Como ya tendremos ocasión de examinar, la extensión subjetiva de la investigación es posible sin decretar la ilicitud de lo obtenido, pues debemos tener presente que en el momento del inicio de la investigación es posible no delimitar con exactitud los integrantes de la organización. Cuestión diferente se plantea en los supuestos en que la autorización se extienda a organizaciones criminales diferentes, en estos casos creemos que el único valor que puede darse a lo obtenido es el de *notitia criminis*.

⁴⁷ El uso de una identidad supuesta para la investigación de un hecho delictivo no es una novedad introducida por la LO 5/1999, sino que por el contrario el Código Penal anterior en el artículo 322, inciso tercero, establecía: «el uso de nombre supuesto podrá ser autorizado temporalmente por la autoridad superior administrativa mediante justa causa». Además la Ley 19/1994, de protección de testigos y Peritos en causa criminales, establece en el artículo 3.2: «podrán facilitarse documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo». No obstante, aunque en la mayoría de las legislaciones que regulan la figura del agente encubierto prevé la utilización de una identidad supuesta, el ordenamiento danés establece que el agente encubierto actuará sin identidad ficticia bajo la que proteger su integridad.

⁴⁸ Esta adjudicación funcional es en todo caso congruente con la naturaleza de la documentación expedida, al contemplarse en el art. 12 A), de la Ley Orgánica 2/1986, que el Cuerpo Nacional de Policía estará encargado, entre

De este modo, consideramos que el infiltrado no podrá entrar en contacto con la organización, en la que se pretende infiltrar, hasta no haber conseguido los datos de su nueva identidad y sin perjuicio de que posteriormente se le asignen los documentos acreditativos.

Lo habitual será que el Ministerio del Interior no niegue la concesión de la identidad supuesta, ya que se entiende que cuando se le solicita es porque se ha observado el cumplimiento de los requisitos necesarios para la autorización de la infiltración policial.

En este sentido, la actuación del Ministro del Interior, en las infiltraciones policiales resulta, no sólo necesaria, sino obligatoria para el desarrollo de la infiltración⁴⁹. No obstante, debemos recordar que la identidad supuesta será otorgada para la actuación de un agente encubierto cuando ésta va a infiltrarse en una organización criminal y no cuando su actuación supone el acercamiento o meras transacciones con los presuntos delincuentes para los que sólo bastará la ocultación de su condición de policía.

A este respecto, señala GASCÓN, que el órgano que adopta la infiltración policial ha de limitarse a ratificar la identidad supuesta previamente otorgada por el Ministro del Interior⁵⁰. Al igual que el

otras gestiones, de la expedición del documento nacional de identidad y de los pasaportes. Dicho Cuerpo, conforme al artículo 9 del mismo texto legal, es dependientes del Ministerio del Interior. SEQUEROS SAZATORNIL, «El agente encubierto», en *El tráfico de drogas ante el tráfico de drogas...* op. cit., pág. 774-775.

⁴⁹ El Ministerio del Interior se constituye como el mando superior de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Además a través del Secretario de Estado de Seguridad, se coordinan y supervisan los servicios y misiones que son llevados a cabo por las FCSE. Por lo que al trabajo de investigación interesa, quedan subordinados al Secretario de Seguridad el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) al que le corresponde la elaboración de la inteligencia estratégica en la lucha contra todo tipo de delincuencia organizada. [<http://www.mir.es>].

⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 209. señala al respecto el autor que, aunque la Ley no dice nada, resulta evidente que el propio Ministro del Interior y las autoridades policiales competentes suministrarán al agente encubierto todos los instrumentos necesarios para una eficaz utilización de la identidad de cobertura. RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim...» op. cit., pág. 162. De estas palabras podemos deducir que no hay intromisión entre poderes. Es decir, que ni el poder ejecutivo se cuestiona la decisión del

Ministerio del Interior no puede cuestionar la procedencia o no de la infiltración policial para el caso concreto, pues esta decisión sólo le corresponde al juez competente o el fiscal en su caso. Haciendo nuestra esta afirmación, consideramos que el órgano que adopta la medida no tendrá que ratificar ninguna decisión del Ministro del Interior pues sus competencias son diferentes aunque se complementan, es decir, la resolución del Ministro complementa la competencia del órgano judicial. Así, la resolución del órgano judicial no tendrá eficacia en tanto en cuanto no se goce de la identidad supuesta para actuar.

El funcionario encubierto, en el ejercicio de su específica función actuará bajo una identidad supuesta, participando en el tráfico jurídico y social con esas nuevas señas particulares. Por ello, entendemos que además de otorgarse una identidad supuesta es necesario que al infiltrado se le cree una personalidad ficticia conforme al rol que vaya a adoptar en el seno de la organización. A este respecto, es necesario articular aquellos medios de carácter jurídico y material apropiados al caso, así como una habilitación para su empleo⁵¹. Es decir, será necesario que al agente infiltrado se le despachen todo tipo de acreditaciones necesarias para ejercer en el tráfico jurídico y social de acuerdo con su nueva identidad, tales como DNI, pasaportes, tarjetas de residencia (en su caso), tarjetas de crédito, permiso de conducir⁵², título de licenciado con su nueva identidad (cuando el agente entra en la organización bajo el rol de experto profesional en alguna materia), certificados de antecedentes penales. En definitiva, todos aquellos documentos necesarios para asegurar el éxito de la operación y garantizar la integridad y seguridad del agente encubierto.

No obstante, la creación de la personalidad no es tarea del Ministerio del Interior, ya que su actuación sólo se centra en la concesión de la identidad ficticia. Esta tarea, le compete a los mandos policiales que diseñaron la operación. De este modo, una vez conocidos los datos de la nueva identidad, deberán solicitarse a diferentes organismos públicos o privados la concesión de los documentos nece-

judicial de realizar una infiltración policial. ni el judicial puede interferir en la identidad supuesta otorgada por el Ministro del Interior.

⁵¹ DELGADO GARCÍA, «El agente encubierto: técnica de investigación. Problemática y legislación comparada»,... op. cit., pág. 71.

⁵² ZARAGOZA AGUADO, «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 14.

sarios para sustentar la nueva identidad y reforzar la personalidad creada. Por ejemplo, cuando se requiera el certificado de antecedentes penales o en el caso del título que acredite cierta profesionalización deberá solicitarse al Ministerio de Justicia o de Educación respectivamente. Para la concesión de tarjetas de créditos habrá que acudir a las Entidades bancarias o financieras. En este sentido, será necesaria una ágil y estrecha cooperación entre los organismos, públicos y privados del Estado para garantizar la celeridad que este tipo de investigaciones reclaman.

En cuanto al momento en que se debe solicitar la identidad supuesta, discrepamos de LÓPEZ BARJA que señala que la autorización inicial da lugar a que el Ministerio del Interior otorgue la identidad supuesta. En nuestra opinión y dado que la identidad real y supuesta (aunque en pieza separada) debe ir consignada en la autorización inicial, creemos que lo ideal es que una vez que los mandos policiales diseñan la operación, y deciden ponerla en marcha, se lo comunican al órgano competente para autorizarla. Cuando el órgano competente haya estudiado la viabilidad de la investigación encubierta, lo pondrá en conocimiento del Ministerio del Interior para que éste otorgue la identidad supuesta. De este modo, sólo en el momento en que ha sido otorgada la identidad supuesta, se podrá autorizar formalmente la infiltración. En ningún caso, el Ministro del Interior podrá cuestionar la procedencia o no de la infiltración en tanto en cuanto esto es una tarea que compete, tal y como establece la LECRim al órgano judicial competente⁵³. Igualmente corresponde al juez competente el juicio acerca de la prorrogación para la infiltración policial y por tanto el uso de esta identidad supuesta⁵⁴.

Por último, la identidad supuesta se proporciona para toda la duración del proceso penal donde se ubica la concreta actuación del agente encubierto. Siendo así, el infiltrado no sólo gozará de la identidad de cobertura durante la fase de investigación sino también, en

⁵³ Al respecto se señala por MONTÓN REDONDO, que la identidad la concederá, reservadamente, el Ministro del Interior, al que se remitirá la resolución en que se acuerde tal medio de investigación y el verdadero nombre del agente que ha de desempeñarlo. En «Utilización de «agentes encubiertos»», en MONTERO AROCA, J. (Dir.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 11º ed., 2002, pág. 209.

⁵⁴ MUERZA ESPARZA, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 562.

el eventual juicio oral que se sustanciará posteriormente, quedando en reserva su verdadera identidad⁵⁵.

No obstante, creemos oportuno que la identidad supuesta se prolongue más allá en el tiempo. Al menos, hasta que se garantice que la seguridad del infiltrado y sus familiares no corren peligro. Igualmente, la reserva de la identidad supuesta y la relación con la identidad real del agente deben permanecer secretas para siempre, incluso nos atreveríamos a decir, que una vez finalizado el proceso penal, debería procederse a la destrucción de la resolución donde conste la identidad real y supuesta de quien actuó como agente encubierto.

B) Autorización para actuaciones concretas

Cuando el agente encubierto, entra a formar parte activa de la organización criminal bajo un rol determinado, su participación, en el entramado, podrá centrarse únicamente en la realización de las actuaciones denominadas como «permitidas», como puedan ser la observación de lo que a su alrededor acontece, diferir la incautación de los objetos del delito y adquirir y transportar los efectos, instrumentos u objetos del delito. Además debemos precisar, que también quedarán bajo la cobertura de la autorización inicial, todas aquellas actuaciones que se deriven del uso de la identidad supuesta, precisamente por quedar legitimadas bajo el engaño.

Sin embargo, lo habitual es que con el paso del tiempo su posición en la banda organizada irá a más lo que supondrá un mayor status y mayor relación con los miembros de la misma. Es evidente, que esta posición también se traslada al ámbito de su actuación y relación con los miembros de la organización.

En este sentido, cuando se autoriza la infiltración, el Estado admite la presencia engañosa de un agente de policía en el seno de la organización criminal. Pero cuando gana posición en la organización, puede que el agente encubierto realice algunas actuaciones que limiten determinados derechos fundamentales que sobrepasen el engaño y el uso de la identidad supuesta, y que por tanto requieran autorización judicial específica.

⁵⁵ RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim»...op. cit., pág. 158.

En nuestra opinión, la autorización inicial va a dar cobertura a la actuación engañosa y a todas aquellas actuaciones que se deriven directamente de la identidad supuesta. Y ello, aunque estas actuaciones puedan suponer limitación de derechos fundamentales, por entender que la restricción queda legitimada por el engaño, autorizado previamente (piénsese en las entradas por invitación o en las conversaciones que el agente mantiene con alguno de los integrantes del entramado que puedan afectar al derecho de defensa).

Por ello, es necesario que cuando se vaya a producir una actuación que suponga un *plus de lesividad* para los investigados, (esto es, cuando las actividades del infiltrado se extralimiten del engaño) se solicite con anterioridad la autorización judicial que justifique la restricción del concreto derecho fundamental⁵⁶.

En concreto, nos referimos a la realización de un registro, la intervención de comunicaciones, las entradas no consentidas por el titular del domicilio, etc. En estos casos, el agente encubierto, deberá comunicárselo al órgano judicial competente, para que otorgue autorización judicial expresa.

No obstante, es necesario partir de la idea de que cuando la investigación encubierta requiera la realización de este tipo de actuaciones, no será el agente infiltrado el que las lleve a cabo, ya que su

⁵⁶ En este sentido, establece el párrafo tercero del artículo 282.bis LECrim: «Cuando las actuaciones del investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que al respecto establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables». Esta disposición da cobertura legal a un espacio de intervención estatal reñido con la seguridad jurídica, no obstante el control judicial que se impone. ANARTE BORRALLA, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 53. el ordenamiento francés (artículo 706-82) confiere al agente sólo para actuar bajo identidad supuesta, adquirir, detentar, transportar, entregar o expedir sustancias, bienes, productos, documentos o informaciones derivados del delito; y utilizar o poner a disposición de las personas involucradas en dichas infracciones, medios de carácter jurídico o financiero así como medios de transporte, alojamiento, conservación y telecomunicaciones. Pero, el Código Procesal Penal francés, no hace referencia a la autorización que debe proceder en caso de que el agente realice actuaciones que restrinjan derechos fundamentales. Consideramos, por ello, que en estos casos, las actuaciones deberán regirse por el procedimiento legalmente establecido para el efecto. En igualdad de condiciones se pronuncia el sistema belga.

vida e integridad física corren gran riesgo. Así, en tanto en cuanto es un agente ajeno a la infiltración policial el que desarrollará la actuación no será difícil que se cumpla con lo dispuesto en la ley puesto que le será posible tanto la obtención de autorización como que el desarrollo de la actuación se lleve a cabo por los procedimientos legalmente establecidos (presencia del interesado y de su abogado, presencia del secretario judicial). En caso contrario, se provocaría la nulidad probatoria conforme al artículo 238 LOPJ por no sujetarse a las reglas de procedimiento legalmente establecidas, siempre que por esa causa se haya producido indefensión⁵⁷.

3. El control de la medida

Una vez autorizada la medida, el órgano concreto, no puede desentenderse de la ejecución de la investigación puesto que ello supondría una grave quiebra de su jurisdiccionalidad⁵⁸. Ahora bien, determinar qué órgano debe ser el encargado, de realizar el control no es tarea fácil, sobre todo, si tenemos en cuenta las palabras de nuestra legislación que le otorga dicha facultad al órgano que autorizó la medida (Ministerio Fiscal u órgano judicial competente).

No obstante, pusimos de relieve que cuando el fiscal sea el órgano que autoriza la infiltración policial, lo comunicará de inmediato al órgano judicial competente. Es por ello, por lo que consideramos que

⁵⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ (junto MORENO CATENA), *Introducción al derecho*...op. cit., pág. 292. Establece el autor que lo importante para la ley es que se haya actuado con desconocimiento de las normas de procedimiento, lo que es tanto como decir que se ha violado el principio de legalidad; y, que esta violación haya podido producir indefensión en alguna de las partes. Porque, no produciéndose indefensión, prevalece el principio de la conversión de los actos o el de la convalidación de ellos.

⁵⁸ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»...op. cit., pág. 112. MORENO CATENA [et.al.], *Derecho Procesal Penal*, Colex, 1999, 3ª ed. Madrid, pág. 441-442, al hilo del control judicial de la intervención de las comunicaciones, establece que el cumplimiento de todos los presupuestos procesales carecería de sentido y trascendencia, como garantía y protección del derechos fundamental afectado, si la actuación judicial se limitara a ordenar la diligencia y desde ese momento perdiera todo control de su práctica, o pudiera olvidarse de su función de garante de los derechos fundamentales.

es éste, el Juez de Instrucción o Juez Central de Instrucción, quien, en todo caso, tiene que realizar el control⁵⁹.

En este sentido, no existe problema cuando es el órgano judicial quien autoriza la infiltración policial, pues él será quien continúe la dirección a lo largo de toda la investigación⁶⁰.

Afirma DELGADO MARTÍN que, el control judicial deberá ser más riguroso en relación a la actividad del agente encubierto, por diferentes razones: porque se trata de una medida que se extiende en el tiempo con lo que los efectos sobre el derecho a la intimidad son mayores; porque significa una injerencia continua en la vida privada de la persona investigada; y porque puede afectar a un número indeterminado de personas, relacionadas o no con la investigación criminal⁶¹.

⁵⁹ En este sentido hay que advertir, que aunque el artículo 282.bis 1 hace referencia a la autoridad que autorizó la medida, entendemos que debe ser puesta en conocimiento del órgano judicial, puesto que aunque la infiltración policial sea autorizada por el Ministerio Fiscal, en cuanto pone se conocimiento del juez de instrucción competente, debe apartarse de la investigación pasando todas las actuaciones a órgano judicial. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente*...op. cit., pág. 205-206; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...op. cit., pág. 228. En tanto en cuanto la ley impone a los fiscales el deber de trasladar la infiltración consentida de forma inmediata al Juez, viene a exigir inmediata incoación de la fase de instrucción de necesaria vigencia en las medidas restrictivas de derechos fundamentales, por tanto, la información recabada debe facilitarse al dominus de la investigación, el Juez. RIFÁ SOLER, «La figura del infiltrado como sujeto de protección»...op. cit., pág. 140. MARTÍN PALLÍN, «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas»...op. cit. En delitos contra la salud pública y contrabando. En Cuadernos de Derecho Judicial, N° 5, 2000.

⁶⁰ Por tanto, todas las actuaciones concretas que sean autorizadas, ya sean realizadas por el propio infiltrado o por agentes ajenos a la infiltración, deberán ser controladas por él mismo. Así, lo dispuesto en el artículo 282.bis 1, aunque solo alude a la información obtenida por el agente encubierto, debe entenderse que queda vinculada a control toda la información obtenida durante la infiltración policial, con independencia de la persona que haya ejecutado la concreta diligencia. Claro que si quien realiza la diligencia son agentes diferentes de los infiltrados, no hay problema.

⁶¹ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto»...op. cit., pág. 112-113. Desde nuestro punto de vista, el auto habilitante deberá expresar las personas objeto de investigación y en cualquier caso extender el ámbito subjetivo del auto habilitante en

En nuestra opinión, además de los motivos alegados, el control judicial, que se dispensa a esta concreta medida de investigación, debe ser más riguroso si tenemos en cuenta un factor importante que caracteriza a la infiltración policial, el engaño. Cuando el Estado admite la práctica de la infiltración policial, admite la presencia continua del infiltrado en la vida de las personas mediante una investigación secreta, admitiendo como válido el engaño para la consecución del fin. Es evidente, que esta situación debe llevar aparejada el estricto control judicial tanto en el momento de la autorización, para evitar medidas arbitrarias como a lo largo de la investigación para impedir actuaciones desmedidas por parte de los agentes que la desarrollen.

El control al que se someta el desarrollo de la infiltración, se materializará por una parte, cuando el agente encubierto necesite realizar una actuación que restrinja algún derecho fundamental diferente del que se desprende del engaño y el uso de la identidad supuesta. Y por otro lado, recibiendo toda la información que vaya obteniendo el agente durante la investigación, ya que gracias a esta información se podrá autorizar diligencias complementarias, prorrogar la infiltración o darla por finalizada.

Por todo lo anterior, consideramos que el control que se debe practicar en el desarrollo de la infiltración, lo debe ostentar el órgano judicial competente, pues aun cuando sea el fiscal el que autorice la medida tiene el deber de comunicárselo al órgano judicial y éste, a su vez, la facultad de revocar o ratificar la decisión.

La ley española, no dice nada al respecto del modo en que el infiltrado deba transmitir la información obtenida. Es evidente que lo ideal es la comunicación directa entre el agente encubierto y el órgano judicial competente pero esta opción puede resultar poco operativa, difícil y peligrosa para el agente.

El ordenamiento belga y francés, establecen que el agente encubierto deberá trasladar la información al oficial de policía judicial que dirige la operación para que éste, mediante un informe redactado, se lo haga llegar al órgano competente. Esta solución propuesta

los supuestos en que la intervención del agente deba extenderse a otros sujetos. Sin embargo, podemos encontrar supuestos en que la relación que el agente encubierto mantiene con los miembros de la organización llega a una situación de «amistad», pudiendo incluso relacionarse con los familiares no objeto de la investigación.

por ambos ordenamientos, nos parece la más acertada para garantizar tanto la seguridad del agente infiltrado, como asegurar el éxito de la información.

La comunicación podrá hacerse vía telefónica, telegráfica o bien realizando reuniones convenientemente ocultas y preparadas del agente con otros miembros de la policía. Así, serán éstos los que redacten los informes y los entreguen a la autoridad judicial.

No obstante, existe otra posible vía de comunicación entre el agente encubierto y el órgano encargado del control. Se trata de nombrar segundos agentes encubiertos, denominados «agentes de enlace»⁶², que no son más que agentes de policía, que ocultando su verdadera condición e intenciones, se comunican con el infiltrado sin levantar las sospechas de la organización. A estos agentes, no sería necesario suministrar una identidad ficticia. Los agentes de enlace no pasan a formar parte de la organización, sino que tendrá encuentros puntuales con el infiltrado para recibir la información que posteriormente transmita al órgano judicial.

Sin embargo, la inexistencia de comunicación directa entre el agente encubierto y el órgano judicial puede acarrear, en nuestra opinión, algunos problemas relacionados con la fiabilidad de la información transmitida por éste. En este sentido, debemos hacer referencia a la *cadena de transmisión*. Es decir, aunque sin objeto de causar perjuicio alguno, el transmisor de la información dada por el agente encubierto, puede seleccionarla o bien distorsionarla, por lo que no llegará de manera íntegra al órgano encargado de la investigación encubierta.

El problema radica en la fiabilidad de la información transmitida. Es decir, mientras la transmisión de información entre agente encubierto —órgano judicial, se hace de manera directa y en su integridad, en los casos propuestos (la transmisión a los mandos policiales o la utilización de agentes de enlace) la información llegará al órgano competente con la intervención de un tercero que podrá añadir percepciones subjetivas o personales o bien seleccionar la parte de la información que él entienda importante para el proceso.

⁶² MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada...* op. cit., pág. 56. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 93.

Es evidente que los agentes encargados de comunicarse con el infiltrado, tendrán una serie de obligaciones entre la que se encuentra la transmisión íntegra de la información. Y en este sentido, entendemos que es necesaria una regulación específica sobre el modo de transmisión de la información que se vaya obteniendo durante la operación encubierta⁶³.

La elección del canal que debe utilizarse para la determinación de la información, deberá concretarse específicamente en cada operación atendiendo a las circunstancias del caso concreto y siempre teniendo en cuenta la extrema situación de peligro del agente encubierto. De este modo, la transmisión se realizará siempre que las posibilidades devengan idóneas para no comprometer la seguridad del infiltrado y asegurar el éxito de la operación⁶⁴.

Con todo, el deber de información puede realizarse a través de cualquier medio de los conocidos tradicionalmente, es decir, podrá utilizarse tanto el teléfono, como el correo electrónico, fax, etc. La comunicación a distancia, no será obstáculo para cumplir la obligación de documentación puesto que en todo caso, y como ya advertimos anteriormente, el receptor de esa información será la persona que deberá plasmar documentalmente la información obtenida por el agente encubierto. A este respecto, los defectos formales en la transmisión de la información no pueden conllevar a determinar efectos desfavorables⁶⁵.

Respecto al contenido que debe ponerse en conocimiento del órgano competente, refiere el inciso tercero del artículo 282.bis 1 LECrim, que será «toda la información que vaya obteniendo». En este sentido, establece GASCÓN, que será toda aquella que guarde relación o

⁶³ Por otro lado, en Chile se prevé la figura del «agente revelador», un funcionario policial que estará autorizado para comprar drogas en el marco de operativos para desarticular estas organizaciones criminales, establecido en el artículo 25 de la Ley 20.000 que sustituye a la Ley N° 19366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (<http://www.bcn.c>).

⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 230. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 229.

⁶⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 231.

pueda guardar relación con los hechos que se trata de investigar⁶⁶ y de manera íntegra⁶⁷, lo que significa comunicar tanto los hechos que resulten perjudiciales para los investigados como aquellos que sean favorables⁶⁸. Sobre todo, habrá de darse a conocer el modo de obtención de la información así como de los objetos o efectos adquiridos, de cara al control de legalidad y efectos probatorios.

En cualquier caso, no podrán los agentes encubiertos no pueden realizar una primera criba sobre la información relevante para la causa sino que será el órgano judicial el que estime aquello que interesa. Siendo esto así, el agente deberá comunicar tanto los delitos ya ejecutados como aquellos que se encuentren en preparación; los datos acerca del *modus operandi* de la organización y si es posible los datos relativos a la estructura de la misma, como pueden ser el modo reclutamiento de los nuevos miembros de la organización, la financiación con la que cuentan, las actividades que realizan, etc.

Con relación al momento en el que debe realizarse la comunicación, se establece que sea con la mayor brevedad y seguridad posible. No obstante, la autorización también prevé los momentos en que se pondrá a disposición del juez competente la información obtenida, sin perjuicio de la obligación de comunicación inmediata de todos los datos relevantes para la investigación⁶⁹. La determinación del

⁶⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 230. Establece el autor que el término información, no ha de interpretarse sólo como noticia, sino también como objetos o elementos materiales obtenidos por el agente encubierto (fotocopias de documentos, grabaciones...) y sobre los que pueden desarrollar su trabajo otros protagonistas de la investigación.

⁶⁷ RIFÁ SOLER, «La figura del infiltrado como sujeto de protección...» op. cit., pág. 140. De esta manera, establece el autor, la información obtenida por el agente encubierto se valorará en conciencia por el juez competente.

⁶⁸ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto...» op. cit., pág. 115. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 230. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 228. SEQUEROS SAZATORNIL, «El agente encubierto...» op. cit., pág. 772, en concreto establece el autor que el agente deberá literalmente «vomitar» su información ante la autoridad conferente sin medias verdades; sin elección personal que pueda tamizar lo que es útil o inútil para la investigación.

⁶⁹ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto...» op. cit., pág. 113.

momento en que debe producirse la comunicación, debe ajustarse a un criterio flexible, teniéndose, ante todo, en cuenta la vida, a la seguridad e integridad del agente encubierto y la finalidad de la investigación⁷⁰.

Por ello, hay que considerar que un retraso en transmitir la información no es un vicio que pudiera condicionar la eficacia probatoria de lo descubierto, siempre que la actuación del agente encubierto esté dentro de los límites que tanto el auto habilitante como la Ley les impone⁷¹.

Para concluir, la finalidad del deber de información, no sólo tendrá virtualidad en el plano probatorio, también en la continuidad de la operación pues los datos transmitidos pueden servir como criterio por el que se ajustará el órgano judicial competente para prorrogar la infiltración policial llegado el momento oportuno o para decretar la extinción de la investigación por considerar que la infiltración policial no está aportando los frutos deseados⁷². Igualmente, la información obtenida durante la infiltración puede constituirse como líneas de investigación que permita avanzar en la concreta investigación hasta llegar a su fin último, la desmantelación de la organización.

4. Duración de la infiltración policial

La duración de la infiltración policial, no es contemplada por la LECrim. Tan sólo, se prescribe el plazo de duración de la identidad supuesta (seis meses prorrogables por períodos de igual duración).

Así, para fijar la duración de la infiltración policial debemos tener en cuenta varias cuestiones: en primer lugar, que la identidad

⁷⁰ MARTÍN PALLÍN, «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas...» op. cit., pág. 166. No obstante debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 295 LECrim: «En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o MF de las diligencias que hubieren practicado».

⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 230-231.

⁷² *Ibidem*. pág. 224-225. Señala el autor que en estos casos el agente encubierto, de motu proprio, sin esperar a una resolución judicial, puede poner fin a la infiltración en estos casos.

supuesta es un elemento indispensable para la actuación del agente encubierto. Y en segundo lugar, que la identidad supuesta se extenderá a todo el proceso penal.

Estas dos circunstancias suscitan una importante cuestión centrada en plazo de duración de la infiltración policial. Si consideramos que la duración fijada en la ley debe hacerse extensible a la duración de la infiltración⁷³, por ser la identidad supuesta una de las principales características de este medio extraordinario de investigación, existe un problema importante en relación con la duración del secreto de sumario, que en este tipo de investigaciones es indispensable su declaración.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la infiltración policial no es un medio que se pueda programar completamente y que necesita un tiempo de maduración para poder llegar a obtener el fin perseguido.

Será el juez de instrucción el que, al redactar el auto que autorice o ratifique la infiltración policial, señale el plazo de duración de la medida⁷⁴, el cual tendrá que tomar en consideración la opinión de los mandos policiales que diseñaron la operación⁷⁵. Pero debemos afirmar que, a falta de determinación del plazo concreto, se debe considerar extensible la duración de la identidad supuesta a la concreta medida siempre que las necesidades del caso así lo aconsejen.

En otros ordenamientos jurídicos, como el francés y belga, la duración de la medida se hace expresamente. El ordenamiento francés (artículo 706-83), establece: «*dicha autorización fijará la duración de la operación de infiltración, que no podrá exceder de cuatro meses. La operación podrá ser renovada / ... /*». Por su parte, el ordenamen-

⁷³ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente* ...op. cit., pág. 218. Señala el autor que aunque el precepto sólo señala la duración de la identidad supuesta, ésta es la base de la investigación del agente encubierto, de modo que su período máximo de duración debe corresponderse también con el período máximo de duración de la infiltración policial en sí misma considerada.

⁷⁴ DELAGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. el agente encubierto»...op. cit., pág. 16.

⁷⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...op. cit., pág. 197.

to belga⁷⁶, establece que el período en que se pueda desarrollar la infiltración no podrá exceder de tres meses desde la concesión de la autorización. La opción elegida por ambos ordenamientos de regular la duración de la infiltración policial de manera expresa, nos parece más coherente que la decisión del legislador español que optó sólo por regular la duración de la identidad supuesta, sin tener en cuenta, que según establece la ley, no sólo será utilizada en la fase de investigación sino en el transcurso de todo el proceso penal.

No obstante, como hemos manifestado con anterioridad, lo más razonable, es considerar que la duración de seis meses prevista en el artículo 282.bis LECrim debe entenderse extensible a la duración de la infiltración policial.

A) Duración de la infiltración policial y secreto de sumario

El carácter secreto, oculto y extraordinario de la infiltración policial, nos llevan a afirmar la necesidad de que la fase de investigación del concreto proceso penal donde se vaya a realizar la medida, sea declarado el secreto de sumario, que se hará, a la vez que se inicia la misma o incluso antes. La función primordial del secreto sumarial, consiste en garantizar el éxito de la investigación⁷⁷ y en los casos de la infiltración policial, se garantiza igualmente la seguridad de la persona infiltrada en la organización.

Sin embargo, esto conlleva un problema, pues si analizamos el plazo que para el secreto de sumario prevé la LECrim no se corresponde con el plazo señalado para la infiltración policial⁷⁸.

Así, el artículo 302 LECrim establece que el plazo máximo de duración del secreto de sumario es de un mes (prorrogable por otro),

⁷⁶ Artículo 47. Octies del Código Procesal Penal Belga: «la période au cours de laquelle l'infiltration peut être exécutée et laquelle ne peut excéder trois mois à compter de la date de l'autorisation».

⁷⁷ GIMENO SENDRA(junto CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA), *Derecho Procesal Penal*...op. cit., pág. 360. Se evita por tanto con el secreto de sumario las comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las funestas de prueba.

⁷⁸ No obstante, hay que advertir que este no es un problema exclusivo de la infiltración policial sino que también se suscita al hilo de otras diligencias de investigación como la intervención de comunicaciones telefónicas.

en el cual las partes no tendrán conocimiento, de forma total o parcial, de las actuaciones que se estén desarrollando. Mientras que, el plazo señalado para la intervención del agente encubierto, es de seis meses.

Al respecto señala MORENO CATENA, *nos encontramos ante una disyuntiva: o bien estamos ante una quiebra del plazo máximo de duración del secreto de sumario, lo que no parece posible sin una expresa disposición de la Ley, puesto que ello implicaría un menoscabo en los derechos procesales del imputado; o bien debe concluirse que el plazo máximo de la infiltración policial (intervención de las comunicaciones) es de un mes, puesto que la prolongación con publicidad la haría del todo punto ineficaz, lo que resultaría más adecuado a falta de una completa regulación en la Ley*⁷⁹. En este sentido, son muchos los autores que piensan que la prolongación más allá de un mes del secreto de sumario, provocaría inevitablemente un impedimento en el ejercicio del derecho de defensa⁸⁰.

Sin embargo, la tesis jurisprudencial es contraria a la anteriormente expuesta pues señala el Tribunal Constitucional que el artículo 302 no debe aplicarse bajo los parámetros de rígido formalismo, sino que habrá de ponderar los intereses en conflicto,

⁷⁹ MORENO CATENA, «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal»...op. cit., pág. 420; Y en «Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal», en *Revista del Poder Judicial*, Número Especial II, 1997.

⁸⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, «La intervención de las comunicaciones» en Cuadernos de Derecho Judicial, *La prueba en el proceso penal*, 1992; GIMENO SENDRA, «Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», en *La Ley*, núm. 2, 1996.; ESTRELLA RUIZ, «Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.», en Cuadernos de Derecho Judicial, *Medidas restrictivas de los derechos fundamentales*, 1996; MARTÍNEZ GARCÍA, «Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (A la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)», en *Tirant on line*, 2003 [<http://www.tirantonline.com>], el autor opina que la medida solo será eficaz durante la tramitación del sumario en secreto, cuya duración máxima es de un mes.

de una parte el derecho de defensa y de otra el «interés de la Justicia»⁸¹⁻⁸².

Por ello, debemos analizar desde el punto de vista de la infiltración policial, la conjunción entre el secreto de sumario y la duración concreta de la medida, pues en los casos de infiltración policial, el secreto no sólo permite al agente entablar una relación de confianza con el grupo organizado para la consecución del fin perseguido⁸³, sino que también garantiza la seguridad y vida del infiltrado.

En este sentido, debemos tener en cuenta que, la infiltración policial, requiere su tiempo, pues debemos recordar la existencia de dos momentos cruciales: un primer momento, de toma de contacto del infiltrado con la organización y otro cuando entra a formar parte de la misma. De este modo, entendemos que la infiltración policial no es una medida que pueda realizarse en el mes previsto para el sumario.

Así, dada la estructura de la infiltración policial, consideramos que el secreto de sumario en estos casos debe ser prorrogado durante todo el tiempo en el que se desarrolle la infiltración. A este respecto, el Tribunal Constitucional establece que: *el plazo de un mes podrá*

⁸¹ MONTÓN REDONDO, «La interceptación telefónica constitucionalmente correcta», en *La Ley*, 1995. VIEITES PÉREZ, «Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial», Cuadernos de Derecho Judicial, *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, 1996. CAAMAÑO, «Garantía constitucional de la inocencia», en *Tirant on line*, 2003 [<http://www.tirantonline.com>]. En concreto establece el Tribunal Constitucional: *que el secreto sumarial es un límite legítimo al derecho de defensa cuando venga objetiva y razonablemente justificado en circunstancias que la medida devenga imprescindible para asegurar el valor constitucional de la justicia, coordinándolo con el derecho de defensa de las partes* [ATC 860/1997, de 8 de julio; SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 174/2001, de 26 de julio; 100/2002, de 6 de mayo. Igualmente, en precepto similares al 302 LECrim, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 22 de febrero de 1984 (Caso Sutter [TEDH 1984/3]).

⁸² No obstante, hay que tener en cuenta que si bien es cierto que la duración del secreto sumarial no es dato por sí solo dato relevante para apreciar la indefensión, *si la suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado «en disposición de preparar su defensa de manera adecuada»*. STC 174/2001, de 26 de julio.

⁸³ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...op. cit., pág. 199.

*prorrogarse siempre que persistan los motivos que determinaron la declaración del secreto, por lo que habrá de motivarse, es decir, habrá de dictarse un nuevo auto declarando la prórroga y desde luego siempre que a la postre la prolongación del secreto no produzca indefensión*⁸⁴.

La importancia de buscar una solución a la dualidad en la duración entre el secreto de sumario y la duración de la infiltración, es salvar el posible prejuicio que, esta situación, puede provocar en el derecho de defensa que puede verse restringido por la ampliación de la duración del secreto legalmente previsto.

El único propósito del secreto de sumario, es vetar el conocimiento público de unos determinados hechos para evitar que pueda impedirse u obstaculizarse la investigación en marcha.

Por ello, debemos considerar que se provocaría la limitación del derecho de defensa en los casos en que la prórroga del secreto de sumario no esté suficientemente motivada, alargándose en el tiempo de manera innecesaria.

Sin embargo, en la infiltración policial la prórroga del secreto de sumario, más allá del plazo legalmente previsto, están suficientemente motivadas. En primer lugar, porque el propio devenir de la infiltración policial exige un plazo superior de un mes, no tanto para la consecución de información relevante, sino por el propio desarrollo de la infiltración. Y en segundo lugar, la protección del infiltrado.

Además, la ampliación de la duración del secreto de sumario no significa que en un momento posterior, una vez finalizada la infiltración policial, se dé pleno ejercicio del derecho de defensa.

En este sentido, debemos distinguir la infiltración policial de la investigación judicial. Lo que significa que la finalización de la infiltración policial, con éxito o no, no supone dar por terminada la investigación judicial.

Ahora bien, la finalización de la infiltración policial debe suponer, el levantamiento del secreto de sumario para evitar posibles injerencias desmedidas en el derecho de defensa. Una vez levantado el secreto sumarial, se dará traslado a las partes investigadas de

⁸⁴ STC 176/1988, de 4 de octubre. También JUANES PECES, «Los sujetos en la instrucción», en *El proceso penal*, en Tirant on line [http://www.tirantonline.com].

toda la información que ha sido obtenida durante la investigación e incluso se le comunicará la procedencia de dicha información.

No obstante, en ningún caso podrán tener acceso a los documentos en los que se enuncie la identidad real del agente encubierto, es decir, principalmente la resolución emitida por el Ministerio del Interior por la que se concede la identidad ficticia, que se contendrá en pieza separada fuera de las actuaciones⁸⁵, reserva que no quedará, en ningún caso afectada, por el levantamiento del secreto de sumario.

Igualmente, el momento en que la intervención del agente encubierto se da por finalizada es el momento oportuno para realizar todas aquellas actuaciones que puedan enmarcarse en el párrafo tercero del artículo 282.bis LECrim, es decir, todas aquellas actuaciones que limitan derechos fundamentales y que van más allá del propio engaño que la actuación del agente encubierto supone. Ya veremos que lo normal es que sean agentes ajenos a la infiltración los que lleven a cabo estas actuaciones.

B) Prórroga de la infiltración policial

Una vez finalizado el primer plazo por el que originariamente se autorizó la infiltración policial, el órgano competente debe, decidir sobre la continuación o no de la infiltración, teniendo en cuenta los resultados que esté dando la investigación.

Si decide que el resultado de la infiltración en la primera fase, es fructífero, podrá autorizar la prórroga de la infiltración policial que al igual que la autorización inicial, no tendrá porque ser de seis meses, sino que se podrá autorizar por el tiempo que se estime oportuno (en cualquier caso los seis meses sólo se constituyen como límite máximo).

Acordada la prórroga por el órgano competente (en nuestra opinión el juez de instrucción competente por ser quien conforme a la ley tiene la dirección de la fase de instrucción) debe solicitarse al Ministerio del Interior la ratificación de la identidad supuesta.

⁸⁵ MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España»...op. cit., pág. 42.

Siendo necesario por tanto una constante coordinación con la autoridad judicial⁸⁶.

El procedimiento para la concesión de la prórroga será: se solicita del órgano judicial la prórroga para la continuación por los mandos policiales; el órgano judicial examina la información obtenida para estimar si es necesaria la continuación de la infiltración; y por último, se solicitará del Ministerio del Interior la continuación de la identidad falsa.

Debemos entender que la prórroga de la infiltración no se debería negar siempre que la información obtenida por el agente encubierto durante el primer período de la investigación, resulte favorable para la consecución del fin perseguido y siempre que se aprecie que la continuación de la infiltración es imprescindible para asegurar el éxito de la operación. En todo caso, la prórroga deberá sujetarse al principio de proporcionalidad para evitar la actuación desmedida y arbitraria de los poderes públicos.

En el caso en que el órgano judicial estime que no es necesaria la continuación de la infiltración, y deniegue la prórroga, la operación debe darse por concluida, levantándose el secreto de sumario y por tanto practicándose todas las diligencias reservadas para el final de la infiltración.

La negación de la prórroga no siempre se deberá a la idea de que la información obtenida en el primer momento de la infiltración no es relevante para la causa, sino también responderá a la reducción del tiempo de sacrificio soportado frente a las injerencias del Estado, que recordemos que en la infiltración policial, la injerencia es continua.

Para finalizar, determinar que ninguno de los ordenamientos donde se prevé de manera expresa la actuación del agente encubierto, determinan un límite máximo de prórrogas. Es decir, la infiltración policial se puede prorrogar tantas veces como sea necesario para la investigación.

⁸⁶ MARTÍN PALLÍN, «Impacto social, criminológico, político normativo del tráfico de drogas»...op. cit.

C) Extinción de la infiltración

La primera causa de extinción de la infiltración, es la terminación del plazo fijado habiendo llegado a la consecución del fin esperado.

Claro está, que existen otros motivos de extinción de la infiltración policial bien porque la operación no da los frutos deseados, bien porque el juez competente decide que no es necesaria la continuación de la infiltración policial para conseguir el objetivo.

No obstante, la infiltración policial podrá darse por terminada, antes de finalizar el primer plazo de la investigación. Estos casos pueden darse:

a.- Cuando el órgano judicial competente, decida poner fin, de oficio a la investigación encubierta debido a alguna anomalía en el desarrollo de la actuación del infiltrado; porque haya algún dato que indique que continuar con la infiltración policial pone en grave riesgo la vida del agente encubierto; cuando pasado un tiempo prudencial o un período inicial no se obtenga información o la información recabada por el agente encubierto no resulte de relevancia para la consecución de la finalidad de la infiltración policial, el juez de instrucción competente, los mandos policiales e incluso el propio agente encubierto podrán dar por finalizada la medida⁸⁷; O cuando la información obtenida, revele que el objeto de la investigación no se encuentra dentro de los parámetros establecidos para la actuación del agente encubierto.

b.- La extinción puede provenir también cuando habiendo autorizado la medida, el fiscal no se lo comunica al órgano judicial o bien cuando habiéndoselo comunicado, el órgano judicial decide revocar la autorización una vez observados la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para la intervención de un infiltrado⁸⁸.

c.- Durante el desarrollo de la infiltración policial, también pueden plantearse situaciones en las que se obliga a la extinción de la infiltración policial. Estos supuestos que dejarán a la diligencia sin

⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente* ...op. cit., pág. 224-225.

⁸⁸ Esta facultad de revocación la debemos entender siempre en el contexto en el que otorgamos al órgano judicial el control de la infiltración policial desde el momento en que el Fiscal le comunica la adopción de la investigación.

validez se centran en los siguientes supuestos: una vez terminado el plazo de duración inicial, no se solicita la prórroga, en cuyo caso no será necesario que el juez dicte una resolución dejando formalmente sin efecto la autorización⁸⁹.

En caso de que se solicite la prórroga de la infiltración policial puede suceder que el juez de instrucción competente deniegue la prórroga, porque en el curso de la infiltración policial el agente encubierto no ha obtenido ningún fruto significativo; porque una vez iniciada la investigación se desvanece la apariencia delictiva en que se fundó su autorización o el delito que se pretende investigar no es competencia del agente encubierto; porque la actuación del infiltrado supone un sacrificio mayor en los derechos fundamentales de los investigados que no se justifica en un Estado de Derecho; o porque la conducta del infiltrado refleja una actuación arbitraria y no ajustada a derecho⁹⁰.

A este respecto, cuando el juez de instrucción decide cerrar la investigación sin llegar a ningún resultado concreto que permita la condena de los miembros de la organización, se provoca el sobreseimiento de la causa.

Este podrá ser libre conforme a las causas establecidas en el artículo 637 LECrim: o bien provisional en virtud del artículo 641 LECrim, salvo que, en este último caso, se investigue a través de otras técnicas.

En igual situación de sobreseimiento, nos encontraríamos en aquellos supuestos en que el órgano judicial de por finalizada la intervención del agente encubierto antes de expirar el plazo previsto en el auto para la infiltración policial. A esta situación se llegará debido a alguna anomalía en el desarrollo de la actuación del infiltrado; o cuando porque con la infiltración policial se ponga en grave riesgo la vida del agente encubierto.

Además, cuando la información recabada por el agente encubierto no resulte de relevancia para la consecución de la finalidad de la infiltración policial, el juez de instrucción competente, los mandos policiales e incluso el propio agente encubierto podrán dar por fi-

nalizada la medida⁹¹ ya que no sería razonable que en el Estado de Derecho se mantuviera una medida de investigación tan potencialmente lesiva para el sistema de derechos fundamentales sin obtener ningún resultado.

Así, cuando se decreta la extinción de la infiltración policial por este motivo, hay que tener en cuenta que el agente encubierto ya ha entrado a formar parte del entramado criminal. Por ello, la desconexión, desaparición y desvinculación del infiltrado con la organización puede resultar muy peligroso para asegurar su vida e integridad ya que puede levantar sospechas de la verdadera condición e intenciones del infiltrado en la organización. De este modo, y teniendo en cuenta que los integrantes de la organización probablemente no han sido procesado, se debería permitir al agente permanecer algo más de tiempo en la organización para poder preservar su vida, no siendo posible en ningún caso admitir valor alguno a la información obtenida por el agente encubierto durante la infiltración cuando ésta ha sido invalidada para su realización, es decir, una desconexión paulatina.

Esta opción, ha sido puesta de manifiesto en el ordenamiento francés (artículo 706-85), en el cual se prescribe: «*En caso de decisión de interrupción de la operación o al final del plazo fijado por la resolución que autorizó la infiltración y en ausencia de prórroga, el agente infiltrado podrá continuar /.../, el tiempo estrictamente necesario que le permita cesar en la vigilancia en condiciones que aseguren su seguridad sin que dicha duración pueda exceder de cuatro meses /.../ Si concluido el plazo de cuatro meses el agente infiltrado no hubiera podido cesar la operación en condiciones que aseguren su seguridad, este magistrado (el que autorizó la infiltración policial) autorizará la prórroga por una duración máxima de cuatro meses.*

Evidentemente, esta alternativa nos parece la más razonable si atendemos a los elementos que caracterizan a esta peculiar forma de criminalidad. La violencia y peligrosidad que impregnan en la sociedad, nos deben llevar a buscar soluciones que garanticen que el agente, que de manera voluntaria, entra a formar parte del entra-

⁸⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 224.

⁹⁰ *Ibidem.* pág. 224.

⁹¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 224-225.

mado organizativo, encuentra una recompensa y seguridad no sólo con respecto a su persona sino a sus familiares⁹².

En el ordenamiento español, echamos de menos todas estas previsiones que se ponen de relieve en las legislaciones de nuestro entorno. Es en este sentido, en el que debemos exigir una regulación de la infiltración policial que se corresponda con las características de esta forma de criminalidad y sobre todo que refleje un estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA INFILTRACIÓN POLICIAL

La finalidad de la investigación penal, es la búsqueda de la verdad. Ésta búsqueda debe desarrollarse sólo con los medios legítimos y bajo los parámetros de la legalidad⁹³. En este sentido, el principio

⁹² Debe tenerse en cuenta que la influencia que los integrantes de estas organizaciones tienen tanto en el sector público como en el privado, generada en numerosas ocasiones por el miedo a no responder a las prerrogativas que reclaman este tipo de criminalidad mafiosa, les lleva a conocer numerosos datos que pueden resultar muy perjudiciales para las personas que se enfrentan contra ellas y que intentan parar su actividades delictivas y por ende, su fuente de financiación. En este sentido, debe recordarse, que la criminalidad organizada verdaderamente peligrosa, es aquellas que manifiesta su influencia en el sector lícito, que se infiltra en las instituciones públicas.

⁹³ GÓZALEZ CUELLAR SERRNAO, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 39. la Jurisprudencia también ha elaborado un concepto relativo al principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional configura un concepto *a sensu contrario* de este principio, estableciendo que su omisión implica el sacrificio innecesario de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y que se pueden ver afectados por la medida. SSTC 66/1985, de 23 de mayo; 99/1987, de 11 de junio; 18/1988, de 16 de febrero; 50/1995, de 23 de febrero. Asimismo reconoce que *las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido. La interpretación de la necesidad de la interpretación de la limitación de un derecho fundamental y el cálculo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pueden ser enunciados en la mente del juez a falta de un examen, ni siquiera mínimo del objeto sobre el que recae su prohibición, así como un acto contrario al principio general de la interdicción de la arbitrariedad (Art. 9.3) STC 13/1985, de 31 de enero; 25/2005, de 14 de febrero. Igualmente el Tribunal Supremo caracteriza el principio de proporcionalidad, sin definirlo exactamente, al establecer, las*

de proporcionalidad se manifiesta como un criterio para establecer los límites a la intervención estatal en la búsqueda de la verdad, equilibrando los intereses del Estado y los derechos de las personas objeto de la investigación⁹⁴.

Durante la investigación delictiva, pueden adoptarse determinadas medidas restrictivas de derechos fundamentales. La legalidad y admisibilidad de las mismas quedará subordinada, en lo que ahora interesa, al estricto respeto del principio de proporcionalidad en el momento de su adopción y desarrollo, condicionando la legitimidad de la actuación a que ésta sea necesaria o imprescindible para la consecución de un fin propio en una «sociedad democrática»⁹⁵.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad aplicado a la infiltración policial no sólo responde a la idea de limitación de derechos fundamentales sino a las peculiaridades de este medio de investigación. En este sentido, el uso del engaño efectivo a través de la identidad supuesta, su consideración de medio extraordinario y su determinación como más agresivo con las personas objeto de inves-

cualidades que deben tener las limitaciones de los derechos fundamentales en el caso de que las mismas sean necesarias para el curso de una investigación penal. *La limitación de los derechos fundamentales, en un Estado de Derecho, debe ajustarse en todo momento a las previsiones del legislador constitucional procurando que la lesión se reduzca al mínimo tratando de salvaguardar, en todo momento, el sistema democrático basado en que la libertad del individuo no se subordine o someta a posiciones utilitaristas o pragmáticas que tratan de superponer los intereses del Estado sobre los derechos individuales/.../el principio de proporcionalidad exige que este medio de investigación se reduzca a casos muy representativos de la preocupación de los ciudadanos por la criminalidad producida en el ámbito de la comunidad.* En igual sentido, se pronuncia el TS en Sentencias de 25 de junio de 1993 (Tol 399575); de 11 de mayo de 1998 (Tol 238759); de 12 de mayo de 1999 (Tol 5955); de 7 de julio de 2004 (Tol 483730).

⁹⁴ PEDRAZ PENALVA, «El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990, pág. 342. A este respecto, GALETTA, identifica el principio de proporcionalidad como instrumento de garantía del llamado contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos a nivel comunitario. En «El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario», en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998, pág. 80.

⁹⁵ FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998, pág. 52.

tigación, son causas suficientes para hacer que el principio de proporcionalidad no sólo tenga que estar presente en la adopción de la medida sino en la actuación del agente encubierto con respecto a los demás integrantes de la organización criminal.

Por ello, debemos tener en cuenta que aunque el primer momento de la infiltración policial no genere restricción de derechos fundamentales, si podemos afirmar con rotundidad que a lo largo de la investigación, la injerencia del infiltrado en los mismos⁹⁶ se incrementa, dependiendo del rol concreto que adopte el agente encubierto durante la investigación, pues ya afirmamos que existirán diferentes grados de infiltración.

Así, estrechamente relacionado con la tan mencionada *zona de equilibrio*, la intervención del agente encubierto hay que circunscribirla en el campo de tensión existente entre el deber de los poderes públicos de realizar una eficaz represión de la conducta delictiva y la protección de que tales derechos deben dispensar el Estado⁹⁷, justificándose así la existencia del principio de proporcionalidad, que exige la ponderación de los intereses en conflicto⁹⁸. Por ello, la importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito procesal penal se debe

⁹⁶ Estos derechos no son ilimitados, sino que por el contrario la propia CE establece los límites a los mismos. Esto significa que los derechos fundamentales se pueden restringir pero no de manera arbitraria sino que es necesaria la observancia de una serie de requisitos entre los que se encuentra, fundamentalmente, el principio de proporcionalidad.

⁹⁷ MORENO CATENA, «Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal»...op. cit., pág. 133.

⁹⁸ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*...op. cit., pág. 17-21. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 97. Como afirma PRIETO SANCHÍS, radica en que cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de los intereses perseguidos, en el caso que nos ocupa, la finalidad de la investigación. En «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación». En Cuadernos de Derecho Público, núm. 11, septiembre 2000, pág. 19. Para MEDINA GUERRERO, gracias al principio de proporcionalidad se cuenta con un instrumento que permite revisar de modo objetivo si la conciliación de los derechos y bienes constitucionales se ha efectuado correctamente, procurándose que ninguno de ellos resulte injustificadamente sacrificado en beneficio del otro derecho o bien con el que colisionan. En *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 119.

a la confrontación individuo-Estado que tiene lugar en el seno del proceso penal y la potencial lesión de derechos fundamentales en el curso de una investigación⁹⁹.

Para evidenciar todas estas circunstancias, esta parte del trabajo la dedicaremos al estudio del principio de proporcionalidad aplicado a la infiltración policial y al juicio de proporcionalidad que debe respetar el agente encubierto en las concretas actuaciones que tenga que desarrollar a lo largo de la investigación.

1. Aplicación del principio de proporcionalidad en la infiltración policial

En el derecho español, el principio de proporcionalidad se entiende de rango constitucional por venir implícitamente contenido en el artículo 25 CE, que al consagrar el principio de legalidad. Pero más concretamente, la regulación del principio de proporcionalidad se encuentra en cada uno de los preceptos que establecen los límites del ejercicio de los derechos fundamentales¹⁰⁰. En este sentido afirma GONZÁLEZ CUELLAR que la exigencia del principio de proporcionalidad viene impuesta por los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales y libertades públicas y que permiten la interposición del recurso de amparo en su defensa¹⁰¹.

⁹⁹ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, pág. 93-94.

¹⁰⁰ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal Penal*...op. cit., pág. 61.

¹⁰¹ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*...op. cit., pág. 53. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses*... op. cit., pág. 106, establece que *las exigencias del principio de proporcionalidad derivan de la misma posición que ocupa la persona en el Estado concebido según el modelo original del Estado de Derecho liberal individualista*. En este sentido, establece el Tribunal Constitucional: «hemos consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales... y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley exigencias positivas y negativas». SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 85/1992, de 8 de junio; 86/1995, de 6 de junio; 70/2002, de 3 de abril.

Este principio se considera como límite a la actuación arbitraria de los poderes públicos. Es sin duda en el proceso penal donde debe haber una mayor atención al principio de proporcionalidad, como fórmula dirigida a evitar los posibles excesos de los poderes públicos en la esfera de los derechos fundamentales, ya que el Estado no los puede restringir con carácter indiscriminado o aleatorio¹⁰². Por ello, podemos hablar tanto de principio de proporcionalidad como de principio de prohibición de excesos, considerado como un riguroso mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales¹⁰³.

Dos son los valores sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad; la libertad y la justicia. El valor superior de la libertad dota de contenido al principio de proporcionalidad al inclinar la balanza, en caso de duda, a favor de la efectividad de los derechos fundamentales; en cuanto a la justicia resulta valor básico en la fundamentación del principio en un sentido de prohibición de exceso¹⁰⁴.

El principio de proporcionalidad impone, en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, que los derechos de éstos sólo puedan ser limitados en la medida en que ellos sea estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que

sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo¹⁰⁵.

La aplicación del principio de proporcionalidad se efectúa a través de tres fases sucesivas: identificación de intereses en conflicto; atribución a cada uno de ellos el peso o la importancia que le corresponda en atención a las circunstancias del caso; y por último, hay que decidir sobre la prevalencia de uno sobre el otro¹⁰⁶.

Por tanto, el principio de proporcionalidad constituye un principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales¹⁰⁷.

En cuanto al tema que nos interesa, se plantea por parte del propio artículo 282.bis LECrim, la necesidad de que la actuación del agente encubierto guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. Esto nos conduce a una idea básica: el principio de proporcionalidad en la infiltración policial no sólo debe reconocerse al comienzo de la investigación —por ser lesivo de determinados derechos fundamentales— sino que también debe tenerse presente durante la intervención del infiltrado¹⁰⁸. Así, el mencionado prin-

¹⁰² MARTÍN MORALES [et. al], *El principio constitucional de intervención indiciaria*...op. cit., pág. 9. Esta exigencia está también consagrada en el artículo 9.3 CE.

¹⁰³ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español» en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998, pág. 193.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* en...op. cit., pág. 54. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1999 (Tol 5955), el cual establece: *Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la CE son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. La libertad, en cuanto opción valorativa de realización preferente, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del favor «libertatis». El valor justicia, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de excesividad y conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio, también resulta básico para el contenido del principio que se comenta, que como todos los principios constituyen mandatos de actuación para la realización del contenido.*

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el...* op. cit., pág. 105.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el...* op. cit., pág. 121. Señala el autor que en el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad la ponderación se realizará entre un derecho individual y un bien colectivo (en el caso de la infiltración policial, la ponderación se realizará entre el derecho a la intimidad y la seguridad nacional). pág. 106-107.

¹⁰⁷ PEDRAZ PENALVA; ORTEGA BENITO, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del tribunal constitucional y literatura especializada alemanas», en Revista del Poder Judicial, núm. 17, Marzo, 1990. También en PEDRAZ PENALVA, *Constitución Jurisdicción y proceso*...op. cit., pág. 289.

¹⁰⁸ MUERZA ESPARZA, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 563. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El agente encubierto»...op. cit., pág. 1955. Por ejemplo, cuando al infiltrado se le ordena desde la organización la realización de una determinada conducta delictiva, es él quien debe equilibrar los intereses en juego (eficacia de la investigación vs. acción delictiva) y decidir finalmente la realización o no de la acción criminal.

cipio deberá regir en todas aquellas actuaciones, desarrolladas en el transcurso de la investigación como el registro domiciliario o intervención de las comunicaciones que afectan, igualmente, derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos: uno formal, constituido por el principio de legalidad; y otro de carácter material formalizado por el principio de justificación teleológica¹⁰⁹. Además se compone de determinados requisitos¹¹⁰ clasificados en extrínsecos (judicialidad y motivación) e intrínsecos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

A) Presupuestos del principio de proporcionalidad

El principio de legalidad exige que cualquier limitación de derechos fundamentales venga establecida por ley. En cuanto al principio de justificación teleológica requiere que toda limitación de derechos tienda a la consecución de fines legítimos.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso...* op. cit., pág. 69.

¹¹⁰ Algunos autores, establecen como requisitos del principio de proporcionalidad: el *principio de legalidad procesal*, el requisito de la *jurisdiccionalidad*, a los que califica como requisitos comunes, y el *principio de necesidad*, al que se refieren como requisito especial y a través del que realizan una distinción entre materiales y procesales. Entre los materiales se encuentra la exigencia de que la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales la constituya un *delito grave*; y procesales que supone la necesidad de motivación de las medidas limitativas de derechos fundamentales. GIMENO SENDRA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA), *Derecho Procesal penal...* op. cit., pág. 633 y ss. Otros autores como GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español»... op. cit., pág. 193. *Proporcionalidad y los derechos fundamentales...* op. cit., pág. 69. los clasifica como extrínsecos e intrínsecos. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 91, establece también, como requisito de proporcionalidad la gravedad de la conducta investigada, pero, en nuestra opinión, en el caso de la infiltración policial, este presupuesto, no es de gran utilidad para determinar la proporcionalidad de la medida, puesto que la regulación que la LECrim hace del agente encubierto, consagra, tanto delitos que por la pena a imponer son considerados graves como otros que no lo son, pero en los que la medida es necesaria, por el gran impacto dañino para la sociedad que provocan estos tipos delictivos, tal y como refleja el autor (pág. 29).

A.1. Presupuesto formal: el principio de legalidad

Plasmado en nuestra Constitución y en el Convenido Europeo de Derechos Humanos, se formula como un postulado básico para la legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos que restrinjan la esfera de los derechos fundamentales, el principio de legalidad expresa el principio de supremacía de las leyes¹¹¹.

El cumplimiento de este principio se materializa cuando la posible restricción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos se recoge en una ley con carácter orgánico¹¹². Esta exigencia genera mayor seguridad jurídica a las personas a ellas sometidas y a la sociedad en general pues con ello se evita la actuación

¹¹¹ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso...* op. cit., pág. 69-70.

¹¹² En este sentido se pronuncia el TC al afirmar: «Por consiguiente, como afirmamos en la citada Sentencia, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho». STC 169/2001, de 16 de julio. Señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A este respecto señala el TEDH que la expresión «prevista por la Ley» requiere no solamente que la medida impugnada tenga una base en la legislación nacional, sino que también se refiere a la calidad de la Ley en cuestión, requiriendo que sea accesible a la persona implicada y previsible en sus efectos. (SSTEDH de 28 de junio de 2001 [Caso Vgt, Verein gegen Tierfabriken]; de 16 de febrero de 2000 [Caso Amann].) Sin embargo existen posturas contrarias acerca del carácter orgánico de las leyes que desarrollen derechos fundamentales. A este respecto véase la postura adoptada por DIEZ EIMIL, mediante voto particular, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1986. Igualmente PÉREZ ROYO, al analizar las garantías de los derechos fundamentales, especialmente, la eficacia directa, señala que *esta garantía significa que los derechos fundamentales tiene una eficacia directa a partir de la propia Constitución y que no es necesaria, en consecuencia, la intervención del legislador para que los ciudadanos puedan ejercerlos, aunque tal intervención pueda ser muy conveniente, dependiendo del derecho de que se trate. Pero el derecho ya está reconocido en la Constitución y ni su presencia en el ordenamiento ni su ejercicio por los ciudadanos depende de que el legislador actúe o deje de actuar*. En *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 581.

arbitraria de los poderes públicos¹¹³. Además, el principio de legalidad reclama que el procedimiento o modo de actuación sea también desarrollado en la ley.

En cuanto a la aplicación del principio de legalidad a la intervención de un agente encubierto, la presencia engañosa de los poderes públicos en la vida de las personas investigadas exigía que el reconocimiento legal de la medida se hiciera a través de ley orgánica. Por ello, no es reiterado recordar que la infiltración policial se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. De este modo, debemos afirmar que el carácter formal

¹¹³ La seguridad jurídica será consecuencia de actuar con rigor en la apreciación de los correspondientes requisitos, llevar a cabo una búsqueda incansable de la exigencia de proporcionalidad y, finalmente, motivar que, como tantas veces se ha dicho, supone exteriorizar sobre las reglas de la lógica, las razones que conducen, desde el punto de vista jurídico, a adoptar una determinada resolución. RUIZ VADILLO, «Principio generales, legalidad, proporcionalidad, etc.», en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 23, 1993, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Es más el principio de legalidad, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos supondrá una doble exigencia: *que la medida de que limite el derecho fundamental se fundamente en el «Derecho interno», esto es, que exista una Ley en sentido formal y amplio que prevea la posibilidad de dicha medida y que la norma que la prevea sea asequible al ciudadano para que adecue su conducta —calidad de la Ley— es decir, que las normas sean precisas, claras y detalladas*. (SSTEDH de 24 de abril de 1990 [Caso Kruslin y Huvig]; de 25 de junio de 1997 [Caso Haldford]; de 25 de marzo de 1998 [Caso -Koop]; de 30 de julio de 1998 [Caso Valenzuela]; de 18 de febrero de 2003 [Caso Prado Bugallo]) Así el TC ha manifestado *que la reserva de Ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vinculación al precedente*. SSTC 184/2003, de 23 de octubre; 8/1981, de 30 de marzo; 34/1995, de 6 de febrero; 47/1995, de 14 de febrero; 96/1996, de 30 de mayo.

del principio de legalidad está cubierto en la regulación de la infiltración policial¹¹⁴.

Sin embargo, el otro aspecto, el referido al fondo o al procedimiento que los agentes encubierto deben seguir, resulta del todo desacertada en la regulación actual pues excede de defectos tanto formales (relativos a la duración de la infiltración policial, modo de comunicación, control de la medida) como materiales (imprecisión acerca de quién debe autorizar la medida, forma de actuar del agente encubierto) lo que puede sugerir, problemas que nos lleven a ser condenados por el TEDH tal y como en numerosas ocasiones ha ocurrido con la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas que dispone la LECrim¹¹⁵.

Es evidente que en el carácter secreto que tienen estas operaciones no procede una regulación específica sobre el modo de desarrollar la medida pero, al menos, algunos puntos claves (como por ejemplo, qué actuaciones son las que quedan amparadas por la identidad supuesta) que garanticen la seguridad jurídica reclamada por el principio de legalidad. Seguridad que debe hacerse extensible a los agentes que actúen como infiltrados que ven peligrar su integridad y su vida en estas operaciones.

Por ello, aunque admitimos que a la regulación del agente encubierto, prescrita en el artículo 282.bis LECrim, puede resultar parca e incluso deficiente en determinados aspectos, no podemos exigir que la regulación de un medio extraordinario y caracterizado por el engaño y el secreto, revele el modo de actuar del agente encubierto en el seno de la organización pues esto conllevaría no sólo el fracaso de la investigación sino que además las organizaciones criminales

¹¹⁴ ZARAGOZA AGUADO, «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 13. La regulación legal de este medio de investigación era una exigencia inaplazable atendiendo a razones de seguridad jurídica que el propio texto constitucional proclama al consagrar en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Seguridad jurídica que, desde nuestra opinión no se ha conseguido a través del artículo 282.bis LECrim.

¹¹⁵ Entre otras, SSTEDH de 31 de mayo de 2005 (Caso Vetter); de 14 de octubre de 2004 (Caso Ospina); de 27 de abril de 2004 (Caso Doerga); de 22 de julio de 2003 (Caso Y.F.); de 12 de junio de 2003 (Caso Chalkley); de 18 de febrero de 2003 (Caso Prado Bugallo).

estuvieran alerta para captar a posibles «topos» de la policía, lo que conllevaría un especial riesgo para la integridad del infiltrado.

A.2. Presupuesto material: El principio de justificación teleológica

El principio de justificación teleológica supone que la investigación penal persiga un fin legítimo en el Estado de Derecho¹¹⁶.

Mediante el principio de justificación teleológica, se intenta ponderar por un lado los valores que tratan de ser protegidos en adopción de la medida, y por otro lado aquellos que responden a la finalidad de la misma¹¹⁷. Por ello, es necesario que la actuación de los poderes públicos obedezca¹¹⁸ por un lado a la legitimidad constitucional del fin¹¹⁹ y, por otro, a la relevancia social del mismo¹²⁰.

El fin último que se persigue con la infiltración policial es la lucha eficaz contra la delincuencia organizada tras la revelación de la ineficacia de los medios tradicionales de investigación frente a determinadas manifestaciones de criminalidad organizada¹²¹. Así,

¹¹⁶ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español»...op. cit., pág. 193.

¹¹⁷ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*...op. cit., pág. 99. Recordemos a este respecto lo dispuesto en el CEDH para la limitación de derechos fundamentales.

¹¹⁸ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*...op. cit., pág. 101 y ss.

¹¹⁹ Debe entenderse por legitimidad constitucional, según el TC: «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal». SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 67/1997, de 7 de abril; 49/1999, de 5 de abril; 70/2002, de 3 de abril. ATC 272/1999, de 18 de noviembre.

¹²⁰ Según establece el TS, la relevancia social supone: «no sólo los delitos castigados con penas graves pueden ser objetos de esta modalidad de investigación, su aplicación puede extenderse todos aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias concurrentes o la trascendencia social de la infracción aconsejen la utilización y aplicación de medidas tan excepcionales». Es decir, no sólo habrá que estar a la gravedad de la pena fijada para el delito investigado, sino, lo que resulta más interesante, a la trascendencia social del tipo delictivo (STS de 16 de noviembre de 1999 (Tol 272466)).

¹²¹ Además señala la propia Exposición de Motivos que la delincuencia organizada posee una capacidad operativa muy superior a la de las clásicas organizaciones de delincuentes y dispone de ilimitados medios para la perpetra-

la articulación de la infiltración policial responde principalmente a la necesidad de imponer nuevas fórmulas capaces de luchar contra la delincuencia organizada.

En cuanto a la legitimación constitucional de la infiltración policial debemos ubicarla en la obtención de la paz social y la seguridad ciudadana que se ve perturbada por la criminalidad organizada¹²². La relevancia social de la intervención de un agente encubierto descansa en los graves perjuicios ocasionados a la sociedad por el crimen organizado y en las dificultades inherentes a su lucha¹²³.

Así, la intervención mediante agentes encubiertos se estima adecuada a la obtención del éxito perseguido que radica en la mayor eficacia de la justicia penal¹²⁴. Se trata de garantizar la subsistencia del Estado de Derecho que se ve menoscabado por determinadas formas de criminalidad organizada¹²⁵. De este modo, podemos afirmar con contundencia que la infiltración policial encuentra un legítimo

ción de los delitos, y que son necesarias nuevas respuestas de los Estados y de la comunidad internacional en el orden penal, en el plano procesal y en el marco de la cooperación internacional. ZARAGOZA AGUADO, «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 8.

¹²² DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada»...op. cit., pág. 97, advierte el autor el riesgo que para el Estado de Derecho supone la lucha contra la delincuencia organizada. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios*...op. cit., pág. 209. Establece que la legitimidad constitucional de la finalidad pretendida por la infiltración policial, encuentra acomodo en la protección de la paz social y del derecho fundamental a la seguridad proclamada en el artículo 17.1 CE.

¹²³ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...op. cit., pág. 207. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*...op. cit., pág. 29-31 y 40.

¹²⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*...op. cit., pág. 206-207.

¹²⁵ Así, tal y como manifiesta el profesor Gascón, la infiltración policial tiene encomendada determinadas finalidades legítimas y admitidas por el ordenamiento y que se encuentran enlazadas entre sí: en primer lugar la entrada del agente encubierto en el seno de la organización sirve para la obtención de pruebas; a través de esas pruebas se asegura el éxito del proceso; y con ello, de manera general, se alcanza la persecución del delito y el aseguramiento de la paz jurídica. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial*...op. cit., pág. 112-114.

lugar en el Estado de Derecho pues ante amenazas extraordinariamente peligrosas, el Estado debe responder con estrategias eficaces.

B) Requisitos del principio de proporcionalidad

Entre los requisitos del principio de proporcionalidad hemos señalado el de judicialidad —relativo al principio de exclusividad jurisdiccional— y la motivación —donde se plasma el juicio de proporcionalidad para que la persona afectada tuviera conocimiento de la observancia del mismo, aunque en el caso de la infiltración policial supondrá un control a posteriori, dado el carácter secreto de la medida—. Entre los intrínsecos encontramos el requisito de la idoneidad referido a la adecuación para conseguir una determinada finalidad —el principio de necesidad— refleja la adopción de la medida menos gravosa para el investigado tras la comparación entre diversas alternativas existentes para la consecución de un mismo fin —y proporcionalidad en sentido estricto— obliga a contrastar la medida limitativa con el fin de la misma¹²⁶.

Estos requisitos, traducidos en el principio de subsidiariedad, suponen que la autorización de la infiltración policial siempre que se haya descartado la viabilidad de otras conductas menos gravosas para el sistema de derechos fundamentales, ya que la más grave actuación delictiva no justifica al Estado para la violación de las

¹²⁶ GÓNZALEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español»...op. cit., pág. 193. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia*...op. cit., pág. 124-133. Además el Tribunal Constitucional establece en STC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 14/2004, de 29 de enero que: «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto».

garantías constitucionales. Y además, que la infiltración policial sólo será utilizada para la investigación de determinadas organizaciones criminales que se revelan realmente peligrosas para las instituciones del Estado y cuya posibilidad de que el fin sea conseguido por otros medios, es improbable debido a determinadas características sobre la estructura de la organización, la infiltración del entramado en la vida pública y en los sectores económicos, financieros, políticos, el avance tecnológico y la profesionalización de su actuación, etc.

En este sentido, y a la inversa de lo que ocurría con los presupuestos del principio de proporcionalidad, los requisitos se materializan en el momento de la adopción de la medida —así como sus sucesivas prórrogas— atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Así afirmamos, la infiltración policial no devendrá idónea y necesaria para la investigación de todo tipo de organizaciones criminales ya que en ese caso admitiríamos la utilización desproporcionada y arbitraria de un medio extraordinario de investigación¹²⁷.

En el marco de la infiltración policial, la adopción de la medida seguirá el siguiente procedimiento: los mandos policiales diseñarán la operación conforme a la información que hayan podido recabar por las labores de seguimiento, pero fundamentalmente, por las labores de inteligencia: el órgano judicial competente oirá de los mandos policiales la realidad del caso y conforme a ello resolverá.

Con respecto a las prórrogas o cuando a lo largo de la investigación se deba autorizar la práctica de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales, el órgano judicial debe adoptar la decisión y someterlas al control de la proporcionalidad, sin conocer los elementos indispensables pues la transmisión de esos elementos no la transmite el infiltrado sino los mandos policiales con los que éste se comunica. Es decir, las nuevas razones en las que se apoya la necesidad de prorrogar la infiltración o de autorizar una medida limitativa de derechos fundamentales, no serán transmi-

¹²⁷ Así ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al estimar que «parece un tanto excesivo el que se hubiera tenido que recurrir a la figura del “agente encubierto” para el descubrimiento de un transporte de unos gramos de cocaína». Y ello, aunque el tráfico de drogas sea cometido por una organización criminal y en el caso concreto se observen todas las circunstancias que requiere la ley. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2003 (Tol 257667).

das al órgano judicial de forma directa sino a través de los mandos policiales que diseñaron la operación. Por ello, de las informaciones en que se deban basar la prórroga o la adopción de medidas restrictiva de derechos fundamentales, debe desprenderse la imposibilidad de obtener el resultado por otros medios.

B.1. Idoneidad

La idoneidad exige una relación de causalidad entre la medida acordada y la finalidad deseada¹²⁸. Supone que el medio adoptado es apto para la consecución del fin perseguido con la medida¹²⁹.

El principio de idoneidad de un medio de investigación se alcanza cuando sea previsible la consecución del fin (adecuación cualitativa); cuando su intensidad, en relación con el fin perseguido, sea tolerada por el Estado (adecuación cuantitativa) y que esté individualizada¹³⁰.

¹²⁸ GONZÁLEZ CUELLAR señala que la idoneidad constituye un criterio empírico inserto en la problemática constitucional de excesos, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. En *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 154. También en «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español»... op. cit., pág. 200 y ss. Por su parte PEDRAZ PENALVA, *Principio de oportunidad y principio de proporcionalidad...* op. cit., pág. 345, determina la idoneidad como la adecuación del medio al resultado apreciado. PRIETO SANCHÍS, «Ponderación sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 11, 2000, pág. 22, define la idoneidad como una de las exigencias del principio de proporcionalidad o criterio de ponderación, plasmándolo, como la acreditación de la adecuación de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad constitucionalmente legítima. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 207. El Tribunal Supremo establece al respecto que: «este principio exige realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar». STS de 13 de abril de 2004 (Tol 420736).

¹²⁹ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos...* op. cit., pág. 128.

¹³⁰ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 160-182.

De este modo, el principio de idoneidad supone la fundamentación de que la medida limitativa sea imprescindible o que sea la medida más adecuada para averiguar tanto la realización del hecho delictivo como las circunstancias de su comisión y la culpabilidad de las personas que aparecen como implicadas.

En la infiltración policial sólo podemos hablar de adecuación cualitativa cuando se puedan conseguir datos relevantes sobre el entramado organizativo con efectos probatorios en un proceso penal¹³¹.

La intervención del agente encubierto en la investigación penal supone la presencia engañosa del Estado en la vida de los investigados. Esta presencia es intensa y continua en relación con otros medios de investigación. Así, la permisibilidad del Estado para la autorización de la infiltración debe tener como requisito básico que la organización criminal en la que se pretende infiltrar a un agente revista caracteres de gravead, que ponga en peligro la seguridad del Estado y el correcto funcionamiento de las instituciones. Sólo así, podremos hablar de adecuación cuantitativa. Y por ello, es necesario que se observen las características del caso concreto porque no todas las organizaciones criminales serán susceptibles de infiltración. En caso contrario, la intervención del agente se considerará desproporcionada (por ejemplo, cuando lo que se pretende investigar mediante la intervención de un agente encubierto es la típica asociación de personas que agrupan en los barrios marginales para la venta de «pastillas». en estos casos, no será necesaria una infiltración policial).

La actuación del agente encubierto debe servir objetivamente para conseguir datos útiles para investigar las actividades de una concreta organización criminal¹³². Estos datos deben ir encaminados a la eficacia de la justicia penal frente a la criminalidad organizada que redunde en la obtención de pruebas suficientes que permitan la condena de los presuntos responsables y la retirada del entramado organizativo del panorama delictual.

¹³¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial...* op. cit., pág. 126.

¹³² DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 90.

B.2. Necesidad

Este principio se relaciona íntimamente con la prohibición de excesos puesto que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales frente a las limitaciones que pueda imponer el poder público¹³³. Y también, se relaciona, con el principio de intervención mínima que supone utilizar siempre el medio menos gravoso siempre que se consiga el mismo fin¹³⁴. Esto obliga a los órganos judiciales a comprobar, ante determinadas manifestaciones de criminalidad, cuál será el grado de afectación de los diferentes medios de investigación y atender a las circunstancias del caso concreto¹³⁵. En

¹³³ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos...* op. cit., pág. 129. GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 189.

¹³⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia...* op. cit., pág. 128. El principio de necesidad también es definido en similares términos por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho...* op. cit., pág. 105. Así es como los norteamericanos entienden el principio de proporcionalidad, debiendo estar presente cuando se adopten medidas que limiten los derechos consagrados en las Enmiendas, es decir, el tribunal valorará si el resultado puede conseguirse a través de otra medida menos restrictiva para los derechos de los ciudadanos, pero no harán el juicio de proporcionalidad que los órganos españoles están obligados a realizar. Y en aquellos supuestos en que el Tribunal Constitucional Norteamericano perciba que el resultado pudo conseguirse por otra medida menos gravosa, anulará el resultado de la adoptada. BASTRESS, «El principio de la “alternativa menos restrictiva» en el Derecho Constitucional norteamericano», en Cuadernos de Derecho Público, *El principio de proporcionalidad*, núm. 5, 1998, pág. 253 y ss. PRIETO SANCHÍS, «Observaciones sobre los antinomias»... op. cit., pág. 23, dispone que la necesidad de la intervención lesiva, supone la acreditación de que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida no resulte menos gravosa o restrictiva. GIMENO SENDRA (junto CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENOS CATENA), *Derecho Procesal Penal...* op. cit., pág. 634.

¹³⁵ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 189. Establece el autor que a pesar de la falta de regulación de medidas alternativas en nuestra ley procesal, puede defenderse la posibilidad de que los jueces apliquen medidas alternativas a las legalmente previstas siempre que sean observadas tres condiciones: idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa; cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restrinja; y existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación [pág. 200-201]. No obstante, la

el contexto de la infiltración policial debemos tener en cuenta que no todos los entramados son susceptibles de investigación por el agente encubierto sino sólo cuando las demás diligencias de investigación resulten insuficientes, inadecuados e ineficaces frente a este tipo de criminalidad. Por tanto, la infiltración policial no debe configurarse como una regla general de actuación en las investigaciones de la delincuencia organizada sino que deberá atenderse a los intereses en juego en cada caso concreto para determinar si es necesaria o no la actuación de un agente encubierto¹³⁶.

Así, la adopción de la infiltración policial impone la debida ponderación y la razonabilidad de la medida en atención a las dificultades de investigación por otros medios¹³⁷.

Por tanto la necesidad de utilizar a un agente encubierto para la investigación de determinadas organizaciones criminales, deviene entre otros motivos, del carácter hermético de las organizaciones como principal característica de su *modus operandi*. Esto es, la organización jerárquica de la banda criminal, el *modus operandi* y el llamado «código de silencio», además de distribución del trabajo entre los miembros de la organización, hacen que diligencias como la del interrogatorio de algún miembro, la entrada y registro domiciliario o la intervención de las comunicaciones por sí solas no sea suficiente para obtener la información necesaria que lleve a la desarticulación de la organización criminal¹³⁸.

medida menos gravosa que se pretende adoptar, debe estar provista en la ley, puesto que en caso contrario el examen de la proporcionalidad sería inútil por faltar uno de los presupuestos constitucionales como es el principio de legalidad [pág. 201].

¹³⁶ GUZMÁN FLUJA, «Agente encubierto y garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 205. ZARAGOZA AGUADO «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 10-12.

¹³⁷ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal...* op. cit., pág. 63.

¹³⁸ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 209-210. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 129-131. El fracaso de estos medios es el que ha planteado la necesidad de buscar otras técnicas de investigación. Estos medios fracasan ante este tipo de delincuencia por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque el carácter secreto incluso para los propios miembros de la organización es carácter fundamental de las organizaciones; en segundo lugar porque, aun conociendo la información,

B.3. Proporcionalidad en sentido estricto

El principio de proporcionalidad en sentido estricto supone la ponderación de los intereses en juego, es decir, las ventajas derivadas a favor de la protección del fin público, deben compensar los perjuicios causados en el derecho que se limita¹³⁹. Ni que decir tiene, que en caso de duda siempre existe primacía del sistema de garantías constitucionales como valores superiores del ordenamiento¹⁴⁰.

En la infiltración policial, encontramos en un lado de la balanza el interés de represión y prevención de las organizaciones criminales —lo que conlleva a garantizar la paz social e integridad de los ciudadanos¹⁴¹— y por el otro los derechos fundamentales de las personas objeto de investigación.

las preguntas formuladas de manera abierta por alguien quien no oculta su vinculación al poder público y la finalidad para la que la información se recaba, no se consigue de los posibles miembros de organizaciones delictivas la información requerida.

¹³⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho...* op. cit., pág. 105. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador...* op. cit., pág. 132: el principio de proporcionalidad en sentido estricto se traduce en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 225: el principio de proporcionalidad en sentido estricto supone que mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes y valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 230. PEDRAZ PENALVA, *Jurisdicción y Proceso...* op. cit., pág. 299-300, señala tres criterios para el enjuiciamiento de una invasión de los derechos básicos ponderando objetivos y medios: cuanto más sensible sea la intrusión de una norma, más relevantes deberán ser los intereses de la comunidad que se hallan en colisión con ella; a la inversa, el mayor peso y preeminencia de los intereses generales justifican una irrupción más grave; y finalmente, el diverso peso de los intereses individuales garantizados en los derechos fundamentales constituye una orientación en sí misma.

¹⁴¹ Dentro del que se encontrarán criterios como la gravedad del delito investigado; mayor o menor interés social en su esclarecimiento; mayor o menor duración de la medida restrictiva... MARTÍN MORALES [et. al], *El principio constitucional de intervención indiciaria...* op. cit., pág. 15. DELGADO

El juicio de proporcionalidad se medirá a través de una serie de indicadores¹⁴²: la **consecuencia jurídica de la medida**, es decir, la obtención de información relevante sobre un entramado criminal que debe ser suficiente para sostener una sentencia de condena para la mayoría de los integrantes de la organización, y la desarticulación de la concreta organización criminal en la que se ha actuado¹⁴³; la **importancia de la causa**, que se concentra en la gravedad del delito, el peligro de reiteración y el interés público por el éxito del proceso; y por último, la individualización de la medida, es decir, en la adopción de la medida atendiendo a las circunstancias concretas del caso. En este sentido, la adopción de una operación encubierta, debe dirigirse a la investigación de una determinada organización criminal aunque, el grado de imputación no podrá ser conocido totalmente hasta no se obtenga información sobre los verdaderos integrantes de la organización. A pesar de ello, se exige que estas circunstancias queden exteriorizadas directamente en la resolución judicial que autorice la medida¹⁴⁴.

MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 91. GUZMÁN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 206.

¹⁴² GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* op. cit., pág. 252. La aplicación de estos criterios de medición a la infiltración policial, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 135 y ss. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios...* op. cit., pág. 210 y ss.

¹⁴³ Esto se traduce a la necesidad de que las autoridades penales tomen en cuenta factores tales como la dimensión geográfica de la organización, la capacidad de corrupción, su estabilidad en el tiempo y sobre todo, el interés público de que estos hechos delictivos no se reiteren por el peligro que conllevan para la sociedad. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 91 y 92. Es decir cuando la actuación de un grupo criminal incrementa notablemente el peligro para la sociedad, está justificada la infiltración policial. Al respecto señala, ESTRELLA RUIZ, *el juez debe tomar como referente inicial la relevancia social de los bienes que se tratan de proteger con la persecución del delito, que si bien normalmente van asociados con la gravedad de las penas que en su día se pudieran imponer, ello no necesariamente es así*. En, «Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc»... op. cit.

¹⁴⁴ En este sentido refiere MARTÍN PALLÍN que no son válidas las fundamentaciones basadas en rasgos o perfiles inciertos como los que se derivan de estereotipos tales como: «sospechas policiales»; «informaciones fidedignas»; «investigaciones realizadas o en marcha» o «fuentes policiales». En «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas»...

Además, debemos tener en cuenta otros factores relevantes e indicativos de la necesidad de la actuación del agente encubierto. Sabido es que como medio extraordinario de investigación que supone un *plus de lesividad* en las garantías procesales. En este sentido, la infiltración policial no puede ser un medio de investigación generalizado para asegurar la eficacia del proceso penal frente a las organizaciones criminales, sino que por el contrario habrá que optar a los intereses en juego en cada caso. Así la gravedad de la conducta delictiva de la organización, la implantación de la organización en nuestro Estado, la perjudicial actuación para la sociedad, la influencia negativa que a modo de corrupción puede incidir en los poderes públicos, son elementos a tener en cuenta a la hora de ponderar la necesaria intervención de un agente encubierto. De este modo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en el caso de la infiltración policial, puede resultar una tarea algo más dificultosa para los órganos judiciales puesto que en ese juicio de ponderación se introducen nuevos factores que no son fácilmente detectables.

B.4. Requisitos Extrínsecos

El principio de proporcionalidad no solo exige determinadas condiciones en cuanto al contenido de la medida que se pretende adoptar, sino que además impone el cumplimiento de ciertos requisitos relativos al sujeto habilitado para adoptar la infiltración policial y a

op. cit. Por su parte la STS de 13 de abril de 2004 (Tol 420736), señala que las sospechas fundadas deben estar integradas por una pluralidad de datos objetivos plenamente verificables. La STS de 12 de septiembre de 2002 (Tol 213357), establece: «La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido; en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona». SSTC 49/1999, de 5 de abril; 16/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre.

la forma de la resolución mediante la que se adopta la intervención del agente encubierto¹⁴⁵.

Para evitar reiteraciones, no analizaremos el requisito de la judicialidad¹⁴⁶ sino que nos remitimos a lo estudiado al hilo del órgano habilitado para autorizar la infiltración policial. Sin embargo, si nos detendremos en el requisito relativo a la forma, este es, el requisito de la motivación como elemento indispensable para autorizar medidas limitativas de derechos fundamentales y que debe hacerse extensible a la adopción de medios extraordinarios de investigación¹⁴⁷.

A. Motivación

Mediante la motivación el órgano judicial debe plasmar la necesidad, idoneidad, el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido,

¹⁴⁵ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos...* op. cit., pág. 109.

¹⁴⁶ El principio de judicialidad supone que no sólo corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, con carácter instrumental de las actividades de investigación y persecución de delitos, en aquellos supuestos que específicamente dispone la CE, sino que también corresponde a esos órganos en exclusiva la dirección de la actividad y, dentro de ella, la adopción de medidas restrictivas de derechos de cualquier naturaleza, desde el momento en que deba entenderse iniciado un proceso penal. ORTELLS RAMOS, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbito vedados a la injerencia jurisdiccional»...op. cit. También STS de 19 de enero de 2005 (Tol 591068). SSTC 136/2000, de 29 de mayo SSTC 160/1991, de 18 de julio; 239/1999, de 20 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 8/2000, de 17 de enero; 56/2003, de 24 de marzo; 189/2004, de 2 de noviembre. ATC 178/2002, de 14 de octubre. Establece el TC que la judicialidad supone como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial sirve para decidir, en casos de colisión de derechos e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho fundamental u otros valores constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho, antes de que se proceda a cualquier actuación...el mandamiento judicial es el único requisito necesario y suficiente por sí mismo para dotar de licitud constitucional una injerencia en los derechos fundamentales

¹⁴⁷ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español»...op. cit., pág. 193.

del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida¹⁴⁸. Así la motivación supone la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión adoptada¹⁴⁹. Pero, el órgano judicial en la motivación, debe exponer las razones lógicas que sostienen la decisión, pero no describir los procesos mentales¹⁵⁰. Tampoco se le impone una determinada extensión a la motivación, lo que se exige es que conste de modo *suficientemente* claro la razón de la aplicación de las normas jurídicas que se han elegido¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Ibidem*. pág. 198.

¹⁴⁹ Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (Tol 940469). En este sentido afirma GARCÍA VALTUEÑA, que esta postura es relevante en dos extremos: «En la relación o nexo causal y lógico que debe existir entre los indicios que se exponen en la resolución y los hechos que se pretenden probar por medio de la inferencia; La ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto en relación con el derecho fundamental que se trata de limitar para la preservación del principio de proporcionalidad de suerte que se configurará la intervención en su contenido, a tenor de la gravedad del delito y la necesidad de la medida». GARCÍA VALTUEÑA, «El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal», en CGPJ, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*, 1993.

¹⁵⁰ GUZMÁN FLÚJA, *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 199.

¹⁵¹ En este sentido establece LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, que la motivación constituye una explicación de la decisión adoptada; mediante la motivación se trata de explicar que no hay arbitrariedad en la decisión, sino razones legales que conducen a la resolución que se adopta. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias», en CGPJ, volumen dedicado a *La sentencia penal*, 1992. En relación con el deber de motivación ha establecido el Tribunal Constitucional: «El deber de motivación, no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas de las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión». SSTC 184/1998, de 28 de septiembre; 54/2002, de 28 de febrero: «La exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la aplicación de las normas, se puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no del fruto de una arbitrariedad». La STEDH de 27 de septiembre de 2001 [Caso Hirvisaari]: «El alcance de este deber de motivar, podrá variar según la naturaleza de las decisiones a adoptar y deberá determinarse a la luz de las circunstancias

En cuanto a la LECrim, dispone el artículo 141 LECrim que han de revestir la forma de *auto* las resoluciones que *decidan sobre incidentes o puntos esenciales que afecten de manera directa a los procesados*. En este sentido, el artículo 282.bis 1 LECrim, exige que las resoluciones mediante la que se adopte la intervención de un agente encubierto estén suficientemente fundadas.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales tiene un doble fundamento: por una parte permiten el control de la actividad jurisdiccional; y por otro lograr el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del derecho vigente libre de arbitrariedades¹⁵².

Creemos que la naturaleza de la infiltración policial así como la incidencia en los derechos fundamentales de las personas investigadas, exige una motivación «reforzada o ampliada», extendiéndose a acreditar que el juez ha hecho una efectiva ponderación de los intereses en juego; reflejar los fines que justifiquen la adopción de la infiltración; acreditar la concurrencia de las circunstancias exigidas legal y constitucionalmente para la adopción de esta medida; y por último, justificar la funcionalidad de la restricción acordada atendidas las circunstancias concretas¹⁵³.

del caso. Aunque el artículo 6.1 obliga a los tribunales a razonar sus decisiones, sin exigirse una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes».

¹⁵² SSTC 13/1987, de 5 de febrero; 57/1987, de 23 de mayo; 100/1987, de 12 de junio; 150/1988, de 15 de julio; 160/1996, de 15 de octubre; 47/1998, de 2 de marzo; 180/1998, de 17 de septiembre; 206/1999, de 8 de noviembre; 187/2000, de 10 de julio; 155/2001, de 2 de julio; 56/2003, de 24 de marzo. Por su parte la STC 191/1989, de 16 de noviembre establece que: «Basta, por el contrario que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos, aunque dicho objetivo se cumpla por remisión a anteriores resoluciones».

¹⁵³ COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 414-417. En este sentido también se pone de relieve la necesidad de motivación individualizada EL TEDH, en STEDH, de 19 de febrero de 2004 [Caso Ylarenios]. Así se configura la motivación como un requisito imprescindible del acto limitativo del derecho. La razón se fundamenta, en palabras del TC: «en la necesidad de que la persona afectada encuentre una causa específica pre-

Por otro lado, hay que considerar que la motivación debe ser individualizada. Por ello, si adoptada la infiltración policial, surge la necesidad de realizar otra diligencia que afecta a derechos fundamentales, ésta deberá ser autorizada de manera separada y respondiendo a las razones que llevan a su adopción.

La motivación se exige en la resolución general que habilita a la infiltración policial. Con ello, además de dar legitimidad a la utilización del engaño en la investigación, se trata de salvaguardar todas aquellas actuaciones que a lo largo de la investigación, puedan afectar a derechos fundamentales y que deriven única y exclusivamente del engaño¹⁵⁴.

Sólo en el caso de que el auto mediante el que se autoriza la infiltración policial esté motivado conforme a los parámetros legalmente establecidos, se podrán conseguir los siguientes extremos: que el investigado conozca las causa de la investigación cuando sea procedente; y dar un control *ex post* de la corrección de la medida¹⁵⁵.

2. Juicio de proporcionalidad en la actuación del agente encubierto

Además, de la aplicación del principio de proporcionalidad para la adopción de la infiltración policial, debemos afirmar la necesidad de que la actuación del agente encubierto vaya precedida del debido juicio de proporcionalidad.

Sobre todo, si tenemos en cuenta que la actuación del infiltrado puede conllevar la consumación de determinados ilícitos penales por

vista por la Ley y que el hecho o la razón que la justifique deba explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman». SSTC 26/1981, de 17 de julio; 67/1997, de 7 de abril; 126/1995, de 25 de julio; 128/1997, de 26 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre; 139/2004, de 13 de septiembre; ATC 161/2004, de 6 de mayo; «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derechos se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De éste modo, la motivación no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto que sacrificio de los derechos».

¹⁵⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 120.

¹⁵⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 120.

exigencias de las normas de conducta que la propia organización impone (pruebas de castidad) o por el propio rol asumido por el agente encubierto.

Está claro, que todas las actuaciones realizadas por el infiltrado tienen como fin último la consecución del fin de la investigación. Lo que también resulta ser el límite a dicha actuación, es decir, todas las actuaciones del agente encubierto tienen que ser consecuencias necesarias del desarrollo de la investigación pues en caso contrario corren el riesgo de responder penalmente por sus conductas. A ello, hay que sumar el perverso perjuicio que ocasionarían estas actuaciones desproporcionadas a los efectos probatorios ya que deja sin validez las informaciones obtenidas y que podían constituirse como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Asimismo, no podemos dejar de resaltar la circunstancia de que, a pesar de actuar bajo una identidad supuesta, el infiltrado, no pierde en ningún momento su condición de funcionario y representante del poder público¹⁵⁶.

Quizás la expresión dispuesta en la ley española, *consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*, sea demasiado amplia a los efectos del juicio de proporcionalidad. En lo que se refiere a la comisión de ilícitos penales, el agente encubierto debe ponderar los intereses en juego teniendo siempre en cuenta que su decisión no puede causar un daño mayor que el objeto de la investigación. Igualmente, se exige que, en todo caso, los delitos que tenga que cometer, en ningún caso atenten contra la vida e integridad física de terceros, ajenos o no a la organización.

El problema fundamental en este tipo de actuaciones es que el agente encubierto, en primera persona, es el que tiene que someter a la proporcionalidad la actuación encomendada por la organización. Y debemos tener en cuenta la situación en la que se encuentra el agente.

En la legislación francesa, antes de que el agente encubierto cometa ningún delito tiene que ser autorizado o al menos conocido por los mandos policiales que dirigen la operación. Esta solución puede resultar acertada a primera vista, pero la espontaneidad con la que surge la realización de estas conductas típicas y antijurídicas puede

¹⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 273.

entenderse contradictoria con el deber de comunicación y autorización para la comisión de delitos por el agente encubierto.

En cuanto a las actuaciones que pueda desarrollar el agente encubierto durante el desarrollo de la investigación, es necesario precisar que no le está permitida la comisión de determinados ilícitos para la obtención de determinadas pruebas y ello aunque esta actuación devenga necesaria para los fines de la investigación¹⁵⁷.

Por otra parte, a pesar de que la resolución general para la adopción de la medida determine las actuaciones del agente encubierto en el seno de la organización, el infiltrado puede encontrarse ante situaciones no explicitadas en la autorización y ante las que deberá decidir. Hay que tener en cuenta que el infiltrado se encuentra en una situación de riesgo constante pues si su actuación levanta las sospechas de los integrantes de la organización puede correr enorme peligro su vida e integridad física.

En este sentido, el agente deberá ponderar todos los intereses en juego para determinar la viabilidad o no de la concreta actuación. Ponderación en la que no sólo se tendrán en cuenta los derechos fundamentales de las personas investigadas sino la necesidad de no levantar sospechas para no frustrar la investigación así como que el perjuicio ocasionado con su actuación sea mayor al objeto de la investigación.

Del mismo modo, sería totalmente desproporcionada y merecería reproche penal, la provocación del delito por parte del agente encubierto aunque esta tenga la finalidad de obtener pruebas.

Por otro lado, la permisibilidad de que el agente encubierto actúe bajo identidad supuesta no puede servir como un pasaporte en blanco. Todas las actuaciones del infiltrado deben estar sometidas a determinados límites incluso aquellas que se deriven de manera directa del engaño que supone la infiltración. Por ejemplo, hemos determinado que entraría dentro de la actuación propia del infiltrado, el mantener conversaciones de carácter incriminatorio con los integrantes de la organización. No obstante, el infiltrado sólo puede mantenerse en una posición receptora de información no estándoles permitido en ningún caso que realice preguntas acerca de las circunstancias del caso.

Tampoco, podrá el infiltrado entrar en un domicilio al que no ha sido invitado y sin autorización judicial, usar mecanismos técnicos para acceder al contenido de una conversación telefónica que mantiene una de las personas investigadas, etc.

En definitiva, se requiere que la actuación del agente encubierto sea consecuencia necesaria de la investigación, esto es, que su realización sea imprescindible para el inicio o continuación de la investigación, y por supuesto una ponderación entre la entidad del acto que comete el agente encubierto y la actuación de la organización criminal.

¹⁵⁷ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 110 y ss.

CAPÍTULO V

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 282. BIS 5 LECRIM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CAUSA DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD: CAUSA GENRAL O ESPECIAL. III. LAS ACTUACIONES DEL AGENTE ENCUBIERTO BAJO EL AMPARO DEL ART. 282.BIS 5 LECRIM. 1. Las denominadas pruebas de castidad. 2. La infiltración realizada por los agentes del CNI. IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y CIVIL DEL AGENTE ENCUBIERTO. 1. Responsabilidad disciplinaria. 2. Responsabilidad civil. A) responsabilidad civil derivada del ilícito penal. B) Responsabilidad civil derivada de los actos realizados bajo la identidad supuesta. V. EL PROCESO PENAL PARA DEPURAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO.

I. INTRODUCCIÓN

La infiltración policial se utiliza, tal y como hemos referido a lo largo de este trabajo, para la investigación de determinadas formas de criminalidad organizada, sobre todo, aquella que se considera especialmente grave y lesiva para el Estado. Pero como sabemos, la actuación del agente encubierto está sujeta a límites infranqueables que unido con el principio de que, en el proceso penal la verdad no puede conseguirse a cualquier precio por más graves que sean las formas de criminalidad, hacen necesario el estudio de la responsabilidad en que pueda incurrir el infiltrado por las actuaciones que haya realizado en el transcurso de la investigación puesto que algunas ocasiones la labor desarrollada por éste se escapa de su ámbito de actuación legítima. Es decir, con este capítulo pretendemos proporcionar una respuesta a las posibles situaciones en que puede encontrarse el agente que actúa desde el seno de una organización criminal, encontrar la legitimidad de su actuación o, por el contrario, determinar aquellas conductas que deben ser plenamente sancionables por el Estado.

En este sentido, la LECrim, permite y acepta la comisión de determinados ilícitos penales siempre que éstos reúnan una serie de requisitos: que las actuaciones que desarrollen sean consecuencia

necesaria de la investigación; que sean proporcionales a la finalidad de la investigación; y que no supongan la provocación al delito.

De este modo, podemos afirmar que la previsión que el artículo 282.bis 5 LECrim acerca de la exención de responsabilidad penal aplicable al infiltrado, no supone una patente de corso o cheque en blanco que se extiende a todas y cada una de las actuaciones del infiltrado sino que, como ya adelantamos, la exención de responsabilidad criminal sólo opera cuando se observen los presupuestos que establece la ley.

Así, en este capítulo, partiremos con la determinación de la naturaleza de la causa de exención de responsabilidad dispuesta en el mencionado precepto pues existen diferentes posturas doctrinales acerca de la misma. En segundo lugar, intentaremos fijar aquellas conductas que puedan sujetarse a la causa de exención de responsabilidad penal así como aquellas por las que el agente encubierto deberá responder. En tercer lugar, analizaremos la posible responsabilidad civil y disciplinaria que puedan derivarse de las conductas del agente infiltrado. Además, haremos especial hincapié en el valor probatorio que pueda otorgarse a la información obtenida por el agente mediante la comisión de un ilícito penal. Abordaremos la posibilidad, de que las infiltraciones sean desarrolladas por los agentes del Centro Nacional de Inteligencia, pues teniendo en cuenta las limitaciones que impone la LECrim —desde la perspectiva de la responsabilidad— al agente encubierto, sería mucho más fácil la obtención de información por éstos, debido a la especial permisibilidad en su actuación secreta. Y finalmente, analizaremos a grandes trazos las especialidades del eventual proceso penal que se tramite para depurar la responsabilidad del agente encubierto.

Para el análisis de estas actuaciones, debemos distinguir en un primer momento: aquellas actuaciones que limitan derechos fundamentales; en segundo lugar, las que se consideran permitidas por la propia regulación de la infiltración policial; aquellas que no estando permitidas son consecuencia necesaria para la investigación; y por último, las que no son consecuencia necesarias de la investigación y el infiltrado comete para su propio lucro o por otros motivos espurios.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CAUSA DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD: CAUSA GENERAL O ESPECIAL

El párrafo 5 del artículo 282 bis de la LECrim dispone que:

«El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito».

La discusión sobre el tema pasa por determinar la naturaleza de la causa de exención de responsabilidad criminal. En este sentido, encontramos un sector doctrinal que establece que esta causa debe ser reconducida a la general establecida en el artículo 20.7 del Código Penal (ejercicio legítimo del cargo)¹, y otro sector doctrinal que refiere el carácter especial de la causa de exención circunscrita a la actuación del agente encubierto y dispuesta en la LECrim².

Además, la causa de exención dispuesta en el mencionado precepto de la LECrim puede afirmarse, tal y como refiere QUERALT, a la creación de un *estado de necesidad* creado *ad hoc*. No obstante, la naturaleza de este apartado no es otro que el señalar una causa de exención de responsabilidad general como es el ejercicio del cargo (art. 20.7 CP)³.

Sea cual sea el carácter de la misma, el resultado es que el infiltrado quedará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que realice en el desarrollo de la infiltración policial, que sean consecuencia necesaria para la investigación y no supongan la provocación del delito⁴. No obstante, se exige la concurrencia simul-

¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 277. RIFA SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim»... op. cit., pág. 335.

² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El agente encubierto»... op. cit., pág. 3.

³ QUERALT, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero»... op. cit.

⁴ Refiere en este sentido DELAGADO MARTÍN, que debe interpretarse la amplitud de esta cláusula de exención de responsabilidad, entendiéndose que no entran dentro de la misma aquellos actos delictivos tendentes a impedir la continuación de la acción delictiva o de sus efectos. Es decir, aquellas actuaciones tendentes a evitar el nacimiento o continuación de una situación antijurídica derivada de la actividad de la delincuencia organizada.

tánea de estos tres requisitos, de manera que la falta de alguno de ellos supone que el agente encubierto deberá responder por el acto ilícito cometido⁵.

Además, entendemos que el examen de la presencia de estos elementos en la conducta presuntamente delictiva del agente encubierto, debe hacerse de manera individualizada, es decir, debe examinarse la observancia de estos requisitos en cada una de las actuaciones delictivas que se entienda que el infiltrado haya cometido.

Dicho esto, y antes de esbozar nuestra aportación al tema, creemos oportuno describir a grandes rasgos el concepto y características de las causas de exención de responsabilidad, en tanto que ante la comisión de un ilícito penal, el sujeto autor del mismo, quedaría indemne de toda de todo adeudo con el Estado.

Las causas de justificación recogidas en el Código Penal, convierten al hecho típico en lícito pues la antijuridicidad de este hecho queda desvirtuada por la presencia de una causa de justificación⁶.

La aplicación de estas causas de justificación, lleva implícita la estricta observancia de la proporcionalidad y necesidad de la medida. Estos presupuestos se ponen de manifiesto de manera expresa en la regulación dispuesta en el artículo 282.bis 5 LECrim —lo que nos puede hacer pensar que este precepto, por sí sólo, constituye una

En estos casos, señala el citado autor, que será de aplicación las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en el Código Penal ya que el artículo 282.bis 5 LECrim sólo se aplicará en aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria de la investigación. En *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 113. Por su parte, SANZ DELGADO, establece que el agente encubierto quedará exento de responsabilidad penal cuando éste ha puesto las medidas necesarias para evitar el resultado lesivo y aun así ha tenido lugar la consumación. En «El agente provocador en el delito de tráfico de drogas»...op. cit., pág. 35.

⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente...»* op. cit., pág. 279. En el mismo sentido se pronuncia MONTÓN GARCÍA, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos»...op. cit., pág. Al señalar que en caso de no darse estos requisitos, el agente encubierto, no podría gozar de esta impunidad, de manera que puede procederse penalmente contra éste para depurar responsabilidad penal.

⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª edición, 2007, pág. 307. en este sentido, señalan los autores que cuando exista una causa de justificación no habrá responsable de ningún tipo (pág. 312).

causa de justificación especial—. En este sentido, la jurisprudencia ha marcado los límites para que una conducta ilícita quede amparada bajo la causa de justificación del *ejercicio legítimo del cargo*. De este modo, se exige que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; que el recurso a la fuerza —en el caso que nos interesa: la comisión de determinados ilícitos penales— haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos —ponderación de intereses, necesidad en abstracto— y cuya protección tengan legalmente atribuida; que la actuación sea proporcionada; y que existan causas que justifiquen la comisión del hecho típico⁷.

Al hilo de la manifestación anterior, cabe preguntarse quién es el encargado de determinar la necesidad y proporcionalidad de la actuación: el agente encubierto o por el contrario las autoridades encargadas de la dirección y control de la operación encubierta. Para RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, la valoración de la debida proporcionalidad deberá realizarla el órgano judicial en un momento posterior, lo que resulta criticable en tanto en cuanto no puede tener elementos suficientes —dada su perspectiva subjetiva en el supuesto concreto— para examinar la proporcionalidad de su conducta⁸.

Así, puede resultar que en un primer momento y dentro del contexto en que se encuentra el infiltrado, la conducta pudiera parecer proporcional a los fines de la investigación, pero en un momento posterior, cuando el órgano judicial tuviera que examinarla, se estime que la conducta sobrepasa la finalidad de la intervención del infiltrado y que por tanto, no es de aplicación la causa de justificación prevista en la LECrim.

No obstante, la Jurisprudencia, ha reconducido la actuación ilícita del agente encubierto a la causa de justificación general prevista en el artículo 20.7 del CP al afirmar que: «*aunque fuera guiada por la expectativa de una remuneración a cargo de los traficantes, no constituye acción delictiva porque la actividad del agente, que exclu-*

⁷ SSTs de 5 de marzo de 2004 (Tol 365495); de 5 de noviembre de 2002 (Tol 229683); de 30 de septiembre de 2002 (Tol 222693); de 1 de diciembre de 1999 (Tol 51350).

⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Comentarios a la Ley 5/1999, de 13 de enero: «la entrega vigilada» y el «agente encubierto»...op. cit., pág. 6.

ye "ex ante" la posibilidad del peligro para la salud pública, no es antijurídica -causa de justificación 7 del artículo 20 del Código»⁹.

Por otro lado, no podemos perder de vista que el agente encubierto es un funcionario policial y, por tanto, aunque su condición quede oculta bajo una nueva identidad y personalidad, esta condición nunca la pierde, con lo que tiene prohibida la realización de conductas ilícitas que pongan en peligro bienes jurídicos de terceras personas ajenos o no al entramado organizativo presuntamente criminal¹⁰. Así, se permite que los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad en su actuación cometan determinadas infracciones administrativas, pero en ningún caso podrán transgredir lo tipificado en el Código Penal¹¹. Esta es la regla general, pero debemos considerar que la actuación del agente encubierto, por sí sola, supone una excepción a la regla general de la acción investigadora, dado el modo y los elementos que confluyen en su desarrollo. Por ello, consideramos que a pesar de que el infiltrado, sigue teniendo la consideración de policía, se le deben permitir la comisión de determinadas infracciones que le permitan no sólo la consecución de la finalidad de la investigación sino además la protección de su propia integridad física.

Así, debemos encontrar la fórmula idónea para entender que las actuaciones que el agente encubierto desarrolla durante la infiltración policial están justificadas, siempre que se realicen al hilo de la investigación y como consecuencia necesaria de la operación. Es decir, la exención de responsabilidad criminal debe amparar a todas aquellas actuaciones que realice el agente encubierto en el ejercicio de su cargo

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992 (Tol 397722).

¹⁰ QUERALT, «Reciente novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: la Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero» ... op. cit., pág.

¹¹ En este sentido, la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece en el párrafo 6 del artículo 5 que es un principio básico de la actuación de los agentes policiales la responsabilidad «son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponderá a las Administraciones Públicas por las mismas». Además, se dispone en el mismo texto normativo que los agentes de las FFCCSS ejercerán su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

y, que trasladado a la infiltración policial, suponen aquellas actuaciones que, a pesar de tener la apariencia delictiva, se desarrollan bajo el rol adoptado por el agente durante la operación y siempre que sean necesarias para la desintegración total del entramado organizativo y la captura del máximo número de responsables de la misma, sobre todo, de aquellos que ocupan los cargos dirigentes en la cúpula¹².

En este sentido, existe una importante diferencia entre los ordenamientos de tradición continental y los angloamericanos. Diferencia, que está basada, principalmente, en la sujeción¹³ de la actuación de los agentes policiales al principio de legalidad o de oportunidad, respectivamente.

Ahora bien, una cosa es que el agente encubierto pueda permitir la comisión de determinados delitos y otra bien distinta es que sea el propio agente el que tenga que cometerlos.

La aplicación de la eximente de responsabilidad penal contemplada en el artículo 20.7 CP, exige que la conducta del agente sea legítima y además proporcionada¹⁴.

Fuera del alcance de la causa de exención, especial, de responsabilidad penal prevista en la LECrim, es posible alegar, a favor de la actuación ilícita del infiltrado, la concurrencia de otra causa de justificación, diferente a la regulada en el artículo 20.7 CP. Nos referimos al *estado de necesidad*, inspirado en el principio de ponderación de bienes. El problema es que esta causa de justificación, contemplada en el artículo 20

¹² Por ejemplo, si el agente se infiltra en una organización como informático, podrán quedar acaparadas por el artículo 282.bis LECrim todos los delitos informáticos que cometa cuando con la comisión de éstos se puede llegar a la consecución del fin que se persigue con la infiltración policial.

¹³ Señala ZARAGOZA AGUADO que los ordenamientos influenciados por el principio de legalidad, prohíben la ejecución de hechos delictivos con carácter general y consideran que en las investigaciones criminales la licitud es exigible tanto para los fines como para los medios. En cambio, los ordenamientos angloamericanos, inspirados en el principio de oportunidad toleran la ejecución de hechos delictivos, fundamentalmente menores, a excepción de los crímenes violentos que atenten contra la vida, la integridad o la libertad de las personas. En «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada», ... op. cit., pág. 66.

¹⁴ SSTTS de 5 de noviembre de 2002 (Tol 229683); de 5 de marzo de 2004 (Tol 365495).

párrafo 5 del CP, sólo opera, como señala el profesor MUÑOZ CONDE, en casos de conflictos de bienes de desigual valor¹⁵.

Así, podrá invocarse el *estado de necesidad*¹⁶, en los casos de infiltración policial cuando el agente encubierto se vea forzado, bajo amenaza de sufrir algún daño en su integridad física, o incluso, su vida, a realizar alguna actuación ilícita, grave o no. Piénsese, por ejemplo, cuando la organización le ordena un determinado homicidio o el secuestro de determinadas personas bajo la amenaza de muerte¹⁷.

No obstante, el *estado de necesidad*, no es la única causa de exención de responsabilidad, que junto con el cumplimiento del ejercicio legítimo del cargo, puede manifestarse para entender «legítima» la actuación del agente encubierto, sino que por el contrario, esta actuación podrá justificarse mediante la figura del llamado *error de prohibición indirecto*.

Es decir, el agente sabe que, la conducta que desarrolla está prohibida por una norma jurídica, pero cree que dicha actuación está amparada por una causa de justificación. Esto será lo que pueda ocurrir con las denominadas *pruebas de castidad*, a las que dedicaremos un epígrafe posteriormente.

Una vez examinadas las posibles vías por las que la actuación del agente encubierto puede quedar exentas de responsabilidad penal, —sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria en que pue-

¹⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...* op. cit., pág. 388.

¹⁶ El *estado de necesidad* está informado por el principio de ponderación de bienes, es decir, por el principio de que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando con dicho sacrificio se quiere salvar otro de mayor valor, es decir, esta causa de justificación, que creemos aplicable al agente encubierto, sólo operaría en los casos de conflictos de bienes de desigual valor. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...* op. cit., pág. 387-388.

¹⁷ La Jurisprudencia, ha declarado que para apreciar el *estado de necesidad*: «el sujeto que actúe en ejercicio de sus facultades propias de su cargo u oficio, y que ajuste su conducta a las disposiciones que lo reglamentan /.../ El alcance que debe reconocerse a esta eximente no constituye una patente para que su bajo amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, cualquiera que sea su trascendencia sobre los demás, sino que es preciso que aquellos deberes, derechos, oficios o cargos que presiden la actuación perseguida del inculcado estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad». SSTs de 17 de noviembre de 1994 (Tol 404903).

dan incurrir por la realización del hecho ilícito— debemos hacer una observación importante acerca de, quién es el competente para examinar la proporcionalidad o necesidad de la medida. En este sentido, la LECrim exige al agente encubierto, realizar un examen *a priori* de la proporcionalidad de su actuación, sin perjuicio de que posteriormente sea el órgano judicial competente para depurar la responsabilidad penal en que incurra el agente encubierto, el que tendrá que examinar la necesidad y proporcionalidad de la medida. En este sentido, hay que poner de manifiesto que el agente encubierto puede incurrir en un error en la apreciación de los límites y alcance de la causa de justificación que afectará a la valoración jurídica de la acción realizada¹⁸, puesto que como señala CARBONELL MATEU, no siempre es posible determinar ex-ante si debe llevarse a cabo o no la conducta, y si ésta va a resultar beneficiosa o perjudicial¹⁹. No obstante, lo más adecuado para garantizar la integridad del infiltrado, sería que el examen sobre la proporcionalidad y necesidad de la medida se realizara a priori de la comisión del ilícito²⁰. Para ello, se debe dar plena competencia al agente infiltrado para que pueda,

¹⁸ TRAPERO BARREALES, «El error directo sobre la existencia, el alcance o los límites de la causa de justificación», en *El error en las causas de justificación*, en <http://www.tirantonline.com> (Tol 500514)

¹⁹ CARBONELL MATEU, «Artículo 20.7. contenido del ejercicio legítimo de un derecho», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, en <http://www.tirantonline.com> (Tol 150875). Señala el autor que el correcto análisis de si la conducta ha sido beneficiosa y si por tanto la actuación ha de reputarse justificada sólo puede realizarse una vez se hayan comprobado sus consecuencias.

²⁰ DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada»... op. cit., señala el autor que a pesar de que el examen a posteriori señale que la conducta delictiva no es proporcional y necesaria a los fines de la investigación, no debe inaplicarse la exención de responsabilidad criminal al agente encubierto si en un examen a priori se manifestó lo contrario. MONTÓN GARCÍA, señala que el examen de la necesidad innecesidad de una determinada acción delictiva debe realizarse antes de que se lleve a cabo porque de hacerse posteriormente, no podría explicarse la exención. En «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos»... op. cit., pág. A este respecto señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA que «el examen sobre la necesidad de la actuación ha de realizarse ex ante, lo que significa que aunque un examen ex post revelara la innecesidad de la actuación, no por ello debe inaplicarse la exención sin un examen ex ante pone de manifiesto lo acertado de la conclusión sobre la necesidad de llevar a cabo la actuación», en

al hilo de la investigación, decidir la necesidad de la comisión del hecho delictivo debiendo ser éste, por tanto, el que debe examinar la proporcionalidad de la medida. Y ello, sin perjuicio de que posteriormente, el órgano judicial pueda observar la concurrencia de los requisitos de necesaria observancia para la aplicación de la causa de exención de responsabilidad penal. No obstante, el otorgar plena competencia al infiltrado para decidir sobre la proporcionalidad y necesidad de la acción delictiva en el momento concreto, entendemos que debe suponer una limitación al órgano judicial a la hora de observar las circunstancias del caso concreto, pues en todo caso, tendrá que tener en cuenta la decisión del agente.

En cuanto al carácter genérico o excepcional de la causa de exención de responsabilidad referida para la concreta actuación del agente encubierto, creemos que debe ser reconducida a la causa general del artículo 20. 7 CP pero con ciertas especialidades en tanto en cuanto se hacen necesaria para su aplicación la concurrencia simultánea de determinados requisitos establecidos en la LECrim, y sin perder de vista que la infiltración policial, es un medio extraordinario de investigación y que, como tal, debe ser interpretado desde la excepcionalidad de la regla general.

III. LAS ACTUACIONES DEL AGENTE ENCUBIERTO BAJO EL AMPARO DEL ART. 282. BIS 5 LECRIM

El problema fundamental, y que pusimos de relieve anteriormente, es que este examen sobre la necesidad y proporcionalidad de la conducta delictiva, deberá ser desarrollado por el infiltrado pues comunicar al órgano competente la necesidad de realizar un ilícito penal, podría generar una situación de peligro tanto para la investigación como para la integridad del agente que actúa como infiltrado. En este punto, cabe preguntarse, si es de aplicación la exención de responsabilidad prevista en el último párrafo del tan mencionado 282.bis LECrim, cuando el órgano competente estima que la medida es desproporcionada e innecesaria para los fines de la investigación.

«El agente encubierto»...op. cit., pág. 1. En el mismo sentido se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente»*...op. cit., pág. 279.

La LECrim, permite que el infiltrado, lleve a cabo una serie de conductas ilícitas: actuar bajo identidad supuesta —utilizando todos los documentos necesarios y falsos que apoyan dicha identidad (tipo descrito en los artículos 390 y ss del CP)— a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito —constitutivo de diferentes ilícitos penales dispuestos en el Código Penal, dependiendo del carácter de esos objetos— y diferir la incautación de los mismos —objeto de responsabilidad disciplinaria por no cumplir con las labores de su cargo—.

No obstante, debemos entender que estas conductas quedan fuera de toda responsabilidad penal por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque el legislador permite y regula estas actuaciones por el agente encubierto; y en segundo lugar, porque el órgano judicial competente para adoptar la infiltración policial, tiene en cuenta la comisión de estos ilícitos y hace un juicio de proporcionalidad y necesidad conforme a las circunstancias del caso concreto.

En cualquier caso, el agente encubierto no respondería por los actos autorizados por el texto legal, siempre y cuando éstos se ajusten a lo dispuesto en los mismos, sino que sería el Estado el que debiera responder frente a terceros afectados. Debiendo entenderla como responsabilidad directa del Estado y no subsidiaria. Es decir, hay que distinguir de la responsabilidad que surge de la expedición de los documentos acreditativos de la nueva identidad del agente encubierto siendo el Estado el que, de manera directa, respondería por este hecho. Y la responsabilidad que pueda derivarse de los negocios o actos jurídicos celebrados por el agente encubierto haciendo uso de esa nueva identidad. En estos casos, habrá que estar a lo dispuesto en la LECrim en cuanto a las necesidades de la investigación. Así, en aquellos supuestos en que el agente realice un acto jurídico para la consecución de la finalidad de la investigación, no responderá del mismo —de nuevo en estos supuestos, entendemos que el Estado responde directamente— No obstante, en aquellos casos en que los negocios celebrados por el infiltrado con su nueva identidad no sean consecuencia necesaria de la investigación, el agente responderá directamente, sin perjuicio de que el Estado asuma la responsabilidad subsidiaria por los actos cometidos por el infiltrado frente a los terceros afectados.

En consecuencia debemos entender que el apartado 5 del artículo 282.bis LECrim debe ser de aplicación para aquellas otras conduc-

tas que no están expresamente previstas en el ámbito de actuación del infiltrado y que deben realizarse para ganarse la confianza de los integrantes de la organización criminal objeto de investigación, para aparentar ante la organización su integración —*pruebas de castidad*—, o bien porque la comisión del delito sea orden de los dirigentes del entramado organizativo al que el infiltrado ya «pertenece»²¹.

En este sentido, señala parte de la doctrina que la aplicación de la exención de responsabilidad criminal dependerá del bien jurídico protegido en el tipo penal consumado por el agente encubierto. Así, señala RIFÁ SOLER, la exención de responsabilidad encuentra su límite en la naturaleza de los ilícitos cometidos²² y siempre que la conducta además, sea proporcionada teniendo en cuenta los intereses en conflicto²³.

Por su parte, la tendencia de jurisprudencial no ha dado solución al problema al afirmar que: *la infiltración en una simulación que permite la ley, que autoriza el ordenamiento jurídico para introducirse en las organizaciones criminales, en donde el agente ha de desempeñar un papel, que confunda a lo integrantes de tal organización y les permita suponer que se trata de «uno de ellos». Luego, si la ley permite esta situación, no podemos comprender que impida cualquier otro modo imaginativo para lograr la infiltración... En consecuencia, respetando los derechos fundamentales en la infiltración*

²¹ DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada»... op. cit.

²² RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»,... op. cit. Señala el Profesor RIFÁ que el agente deberá quedar exonerado de responsabilidad por los delitos que haya tenido que cometer para ganarse la confianza de los miembros del entramado organizativo siempre que esta circunstancia no suponga limitación de derechos constitucionales, en cuyo caso, deberá ser valorada por el órgano judicial competente la aplicación de esta exención de responsabilidad de acuerdo con la necesidad y proporcionalidad de la conducta ilícita realizada con respecto a la finalidad de la investigación.

²³ El juicio de proporcionalidad deberá realizarse *ex ante*, es por ello, que señala GASCÓN INCHAUSTI, que el órgano judicial encargado de evaluar la proporcionalidad *ex post* deberá tener en cuenta la situación en las que el agente encubierto se encontraba en el momento en que tomó la decisión. En *Infiltración policial y «agente»*... op. cit., pág. 280.

*policial, cualquier otra actuación para la penetración en la trama organizada, debe considerarse legal*²⁴.

En definitiva, la exención de responsabilidad, deberá aplicarse a todas aquellas conductas que no estén expresamente autorizadas por la LECrim y para aquellas que, aun estando previstas por la LECrim, no han sido expresamente consentidas por el órgano judicial competente al autorizar la infiltración policial, por entender que no son necesarias para la finalidad de la investigación.

No obstante, que las actuaciones estén amparadas por la previsión legal no supone que el órgano judicial no tenga que controlar el desarrollo de las mismas, pero el examen de la proporcionalidad y necesidad obligatorias para la aplicación de la causa de exención, se realizará a priori por el órgano competente que autorizó la medida teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, es decir, teniendo en cuenta las peculiaridades y características de la organización criminal objeto de investigación.

Por otro lado, hay que determinar desde qué momento puede ser de aplicación la causa de exención o cuál es el período en que ésta se mantiene su vigencia. En este sentido, hemos manifestado que una vez que la infiltración policial quede extinguida por las autoridades judiciales, los datos que se pudieran obtener carecen de valor probatorio. No obstante, no podemos negar que, autorizada por el Ministerio Fiscal y a la espera de que el órgano competente ratifique o revoque dicha decisión, la información que el infiltrado haya visto u oído podrá introducirse en el juicio oral mediante su declaración testimonial, siempre que, la información que sirva como prueba, no haya contravenido a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, dejando clara la diferencia entre una y otra situación, nos queda por delimitar si la exención de responsabilidad regulada en la LECrim para el agente encubierto le es de aplicación en estos supuestos.

Es preciso aclarar, que nos referimos única y exclusivamente al momento o período en que es de aplicación la cláusula de exención prevista en el apartado 5 del artículo 282.bis LECrim sin perjuicio, de que pueda ser aplicable otra de las causas previstas en el Código Penal (legítima defensa, estado de necesidad, miedo insuperable...),

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007 (Tol 1213996).

siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para ello. De ahí, que consideremos el carácter especial de la causa de justificación prevista en la LECrim, tan sólo de aplicación para la intervención de los agentes encubiertos²⁵.

Teniendo en cuenta la precisión anterior, la primera situación, que la infiltración policial se haya extinguido, no cabe la menor duda que el agente encubierto debe responder por todas aquellas actuaciones ilícitas, pues la investigación había terminado no encontrándose, por tanto, habilitado para seguir con las funciones de infiltrado salvo que, como hemos dicho, quepa la posibilidad de aplicar otras causas de exención de responsabilidad penal prevista en el artículo 20 del CP.

Cuestión más peliaguda resulta la segunda de las situaciones, cuando el infiltrado está a la espera de la ratificación o revocación del órgano judicial competente. En estos casos, debemos recordar que cuando la operación ha sido autorizada por el Ministerio Fiscal, el infiltrado sólo podrá hacer maniobras de acercamiento a la organización. Este acercamiento, puede suponer la realización de alguna conducta que se reputa como típica y antijurídica. Según la Jurisprudencia, a este momento de la infiltración policial no le es de aplicación la cláusula de exención de responsabilidad criminal²⁶. En nuestra opinión, en estos casos y siempre que la conducta del infiltrado cumpla con los requisitos de proporcionalidad y necesidad a los fines de la investigación, y no constituyan la provocación al delito, debería incluirse como un error de prohibición. Es decir, el agente

²⁵ En este sentido, señala GASCÓN que el reducido ámbito de aplicación del artículo 282.bis 5 LECrim significa que aunque el agente encubierto quedara impune por su aplicación, no sucedería así con los demás sujetos, miembros de la organización criminal, que hayan participado con él en la conducta delictiva; que sólo los agentes infiltrados que actúan bajo el ámbito del artículo 282. bis LECrim, serán los que se benefician de esta causa de justificación. En *Infiltración policial y «agente...»* op. cit., pág. 283.

²⁶ Sentencia del TS de 25 de junio de 2007 (Tol1124045): «el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282.bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo con respecto a lo visto u oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan la provocación al delito, no será aplicable al periodo previo...».

sabe que la conducta que realiza es típica y antijurídica pero cree estar protegido por la exención de responsabilidad que la LECrim prevé y por ello, debería ser de aplicación el 282.bis 5 LECrim.

Una cuestión relevante, y que es merecedora de ser tratada en este apartado, son las consecuencias desde el punto de vista probatorio de la información obtenida durante la investigación cuando éstas se obtiene mediante la comisión de un ilícito penal —por ejemplo cuando el infiltrado entra en un domicilio sin ninguno de los títulos que legitiman esa entrada y obtiene una información relevante para la causa (obtención de la información deviene de un delito de allanamiento de morada)—. Es claro, que estos supuestos no entran dentro de las necesidades de la investigación y sobre todo, las únicas entradas que pueden verse legitimadas por la autorización judicial previa, como ya pusimos de relieve, son las llamadas *entradas por invitación*. Así, el agente encubierto no podrá ampararse en la causa de justificación prevista en la LECrim para redimir su responsabilidad penal²⁷, y que la consecuencia procesal de lo obtenido mediando la comisión de un ilícito penal será la declaración de nulidad de todo.

No obstante, el infiltrado puede quedar exento de responsabilidad penal por estos delitos, si se entiende que puede acogerse a otra causa de justificación como el error de prohibición, pero en ningún caso podrá otorgarse valor o fuerza probatoria a los obtenidos de este modo.

1. Las denominadas pruebas de castidad

Las *pruebas de castidad* pueden definirse como aquellas actuaciones, eminentemente ilícitas, requeridas por las organizaciones criminales para garantizar la fidelidad de la persona que pretende entrar a formar parte del entramado organizativo²⁸. Con estas prue-

²⁷ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 112. Señala el autor que la actividad del agente encubierto se encuentra legitimada en tanto en cuanto se encuentra jurisdiccionalizada y que cuando la CE o la ley exige una expresa habilitación judicial para la práctica de un concreto acto de investigación restrictivo de un derecho fundamental, y la misma no existe, el agente encubierto está actuando fuera del ámbito para el que está habilitado.

²⁸ Señala SANZ MULAS, que para entrar en las bandas de los *latin kings* lo normal es pasar una prueba antes jurando férrea disciplina y obediencia

bas, se pretende, además, apreciar si el «nuevo miembro» tiene las aptitudes suficientes para ser miembro de la organización en cuestión. Cada organización criminal goza de específicas *pruebas de castidad* dependiendo de la naturaleza de la propia organización y se prevén en sus «*código de conducta*». Estas pruebas, son de obligado cumplimiento para todos los sujetos que quieran formar parte del entramado organizativo con independencia de que sean funcionarios policiales o no.

No existe problema, cuando estas pruebas de castidad, no suponen la comisión de un delito. No obstante, cabe preguntarse si quedaría justificado que el infiltrado realizara una prueba de castidad tal que pusiera en peligro la vida o integridad física de terceras personas. Para dar respuesta debemos entender la idiosincrasia de las pruebas de castidad.

Cabe preguntarse, si estas pruebas son necesarias y proporcionales a los fines de la investigación, pudiendo entrar al amparo de la causa de justificación prevista en la LECrim²⁹. En este sentido, cabe afirmar que la comisión de un delito por parte de las FFCCSS puede suponer el desprecio de los postulados básicos del Estado de Derecho puesto que los agentes de la autoridad tienen encomendado el mantenimiento de la seguridad pública. La cuestión fundamental es si es lícito considerar la comisión de estas pruebas por evitar un mal mayor, es decir, sería la aplicación del principio de oportunidad reglada

ciega a los líderes. «Violencia juvenil y tribus urbanas», en *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, pág. 171. Por otro lado, la edición digital de *El País*, de 11 de julio de 2005, publica una entrevista a un latin kings que relata, entre otras circunstancias, como fue su *prueba de castidad* para entrar en la organización. Le obligaron a hacer lo que ellos denominan como *la pared*. Esta prueba consiste en poner a la persona que pretende entrar en la banda frente a un muro y durante 30 segundos deben aguantar los puñetazos en el cuerpo y en las piernas que le dan un *rey* o un *supremo*.

²⁹ Para DELAGADO MARTÍN, la causa de exención de responsabilidad debe aplicarse a las acciones del agente encubierto tendentes a conseguir, o no perder, la confianza de los miembros de la organización criminal para acceder. En *Criminalidad organizada*...op. cit., pág. 113. En el mismo sentido se pronuncia DELGADO GARCÍA, «El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada»...op. cit., pág. 71. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente»*...op. cit., pág. 279, entiende el autor que estas actuaciones también deben ser consideradas «consecuencia necesaria del desarrollo de sus investigaciones».

en la intervención de un agente encubierto para la investigación de determinados entramados organizativos. Como pusimos de relieve anteriormente, habrá que examinar los diferentes bienes jurídicos implicados. Por un lado, el bien jurídico que se afecta con la comisión del delito y por el otro, el bien jurídico que puede salvarse. Este es el sistema que se sigue en el derecho norteamericano, permitir la comisión de determinados delitos, menos graves, a los funcionarios policiales, siempre que con ello se evite un mal mayor³⁰.

Es evidente, que no podemos justificar que el agente encubierto ponga en peligro la vida o integridad física de terceras personas, pertenecientes o no a la organización criminal, con la finalidad de satisfacer el interés público o general de lucha contra el crimen organizado ya que no es permisible la utilización de medios ilícitos para la consecución de fines lícitos³¹. Por ello, no podemos admitir que el agente infiltrado pudiera quedar exento de responsabilidad criminal por aplicación del 282.bis 5 LECrim.

No obstante, habrán de examinarse las diferentes pruebas que hayan tenido que acometer los agentes infiltrados. En este sentido, el legislador, de manera consciente o no, ha olvidado introducir el tratamiento legal que debe dispensarse a las pruebas de castidad que el agente encubierto haya tenido que cometer con el fin de entrar a formar parte de la organización, siendo indudable su existencia. Es decir, no sólo se le requiere al nuevo miembro de la organización actitudes y aptitudes conforme a la naturaleza del entramado organizativo en que se pretende infiltrar, sino que se exige la realización de alguna prueba que garantice la fidelidad a la misma.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que de alguna manera tiene que producirse la infiltración del agente de las FFCCSS, aceptando así, la simulación que permite la Ley siempre que no se

³⁰ Al respecto se pronuncia LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, al determinar que no sería proporcional que el agente encubierto matara a una persona para liberar a 7 rehenes. En este sentido, refiere el mencionado autor que la finalidad de una investigación es averiguar quién ha sido el autor y el partícipe del hecho. En «El agente encubierto»...op. cit., pág. 2-3.

³¹ ZARAGOZA AGUADO, «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada»...op. cit., pág. 66.

vean conculcados ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos³²:

«es evidente que una vez que el art. 282 bis de la LECrim delimita y autoriza la figura del agente encubierto, infiltrado en una organización con objeto de conseguir pruebas que la desarticulen, la forma de introducirse en la misma puede consistir en cualquier actuación que se imagine, siempre que no se conculquen derechos constitucionales/.../si la ley permite tal superchería, con objeto de desarticular la investigación, no podemos comprender que impida cualquier otro modo imaginativo para lograr la introducción que, por cierto, será el aspecto más complicado de toda esa operativa policial. En consecuencia, respetando los derechos fundamentales en tal infiltración, cualquier otra actuación para la penetración en la trama organizada, debe considerarse legal».

Por ello, entendemos que en ocasiones el agente encubierto, no responderá de los actos delictivos cometidos para entrar en la organización, no por aplicación de la causa de justificación prevista en la LECrim sino porque esos hechos no serán denunciados.

En aquellos casos, en que los hechos delictivos cometidos por el infiltrado sean denunciados por la propia víctima o por los restantes integrantes de la organización, deberá depurarse la responsabilidad penal correspondiente, analizando en el supuesto concreto si concurren los requisitos necesarios para la aplicación de la causa de exención de responsabilidad penal.

El problema en estos casos es considerar el valor probatorio de la información obtenida por el agente encubierto durante la infiltración policial dado que para su entrada en la organización criminal se utilizó un medio ilícito. El régimen será diferente si el delito, como afirma RIFÁ SOLER, afecta el derecho a la vida, la integridad física o la libertad sexual o si por el contrario afecta a derechos patrimoniales³³. En este sentido, deberemos ponderar todos los bienes jurídicos en conflicto: de un lado, aquel que se intenta proteger, o cuya vulneración se pretende averiguar con la infiltración policial; y de otro lado, habrá que estar a la naturaleza del bien jurídico que se ha visto afectado con la comisión del hecho delictivo por parte del agente encubierto.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007 (*Tol 1213996*).

³³ RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»...op. cit.

Así, sólo si del resultado de la ponderación se entiende que el bien jurídico afectado es de «menor valor» —por no afectar contra los derechos fundamentales o porque afecta a derechos patrimoniales—, puede considerarse la posibilidad de que la información obtenidas por el agente infiltrado son válidas para el proceso penal. En caso contrario, debemos entender que cuando el agente infiltrado comete un ilícito penal, que del examen de ponderación se desprende que es más grave que el que se intenta proteger, todo lo que haya obtenido, al devenir de un delito, no podrá ser utilizado en el proceso penal que se sustente contra los integrantes de la organización, salvo que se demuestre que esa información constituye un supuesto de desconexión causal, es decir, desconexión de antijuridicidad entre la información obtenida y el delito cometido por el infiltrado.

No obstante, hay que tener en cuenta que si el ilícito se consuma para poder entrar a formar parte del entramado organizativo, sería difícil romper esa conexión de antijuridicidad pues toda la información que obtenga el agente deriva de manera directa de la comisión de un hecho delictivo.

2. La infiltración realizada por los agentes del centro nacional de inteligencia

La actuación de los agentes del Centro Nacional de Inteligencia, la hemos mencionado en el capítulo primero al hilo del estudio de la diferencia del agente encubierto con otras figuras afines. No obstante, creemos oportuno hacer, al menos, una breve referencia a la posibilidad de que los agentes del Centro Nacional de Inteligencia puedan realizar infiltraciones, bajo el título de defensa de la seguridad nacional, al margen de un proceso penal y, sobre todo, desde la perspectiva de la responsabilidad penal en que puedan incurrir los mismos.

Como señalamos, los agentes del CNI sólo deberán recabar autorización de un magistrado de la Sala Segunda o Tercera del Tribunal Supremo para actuar si su actuación supone la limitación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. Esta competencia, atribuida a los magistrados del Alto Tribunal, no puede considerarse como una función judicial, sino tan sólo jurisdiccional en la medida en que no es necesario que se lleve a cabo en el marco de un proceso penal ya abierto o que éste

se inicie con la petición de la investigación por parte de los agentes del CNI.

Es evidente que la operación encubierta llevada a cabo por los agentes del CNI tiene una operativa diferente a la regulada en el artículo 282.bis LECrim³⁴. Así, debemos tener en cuenta que la información recogida en esta investigación secreta y especial no pasará a formar parte de un sumario sino que a lo sumo, la información —siempre que no constituya un secreto de Estado— se trasladará a las autoridades policiales competentes para que se inicien las investigaciones oportunas con el fin de poder incorporar la información a un eventual proceso penal contra los integrantes del entramado presuntamente criminal³⁵. De este modo, debemos tener siempre en cuenta, que la actuación de los agentes del CNI no estará circunscrita a un proceso penal. Tan sólo, la información que puedan recabar, podrá servir como información que sirva de línea de investigación para las autoridades de represión penal.

³⁴ En este sentido, señala MONTERO GÓMEZ, que la infiltración de agentes de inteligencia en grupos terroristas es uno de los procedimientos de obtención encubierta más complejos y arriesgados. De hecho, supone preparar a un ser humano para adentrarse en un entorno grupal netamente hostil, y permanecer en él simulando de manera sostenida una identidad ficticia. Esta identidad. En «Doctrina de infiltración para inteligencia contrterrorista», en *Atenea Intelligence Occasional Paper*, n° 13, 4 de septiembre de 2007 (<http://www.atheneaintelligence.org>). Vid., SANSÓ-RUBERT PASCUAL, «Seguridad vs. Libertad: el papel de los servicios de inteligencia» Publicado en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol* (Universidad de Valencia), n° 48, verano 2004. (versión digital: <http://www.atheneaintelligence.org>).

³⁵ MONTERO GÓMEZ, «Doctrina de infiltración para Inteligencia contrterrorista»...op. cit. Establece el autor que los procedimientos de infiltración y de inteligencia criminal en general están puestos al servicio de una investigación, policial habitualmente, engarzada en el seno de la instrucción de causa penal judicial. Señala, que en otros Estados, la infiltración realizada por los centros de inteligencia, son una acción gubernamental contra las amenazas a la seguridad del Estado pero no necesariamente asumiendo a priori que esa inteligencia obtenida va a servir a procesos judiciales de investigación que finalicen en una corte de justicia penal. En cambio, En España, pueden ser contempladas las dos posibilidades: tanto la de servir a un proceso penal como la prevención de la amenaza contra la seguridad del Estado.

Para la realización de operaciones encubiertas, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, dispone en su artículo 5.3 que: el CNI podrá disponer y usar medios y actividades bajo cobertura para conseguir el cumplimiento de sus funciones. Lo que nos lleva a determinar que, el CNI podrá infiltrar a alguno o algunos de sus agentes para que entren a formar parte del entramado organizativo sin que para ello sea necesaria la aplicación del artículo 282.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los agentes del CNI, podrán recabar las identidades, matrículas y permisos reservados que resulten precisos y adecuados a las necesidades de sus funciones.

La actuación del centro sólo queda sujeta a un control judicial previo en caso de que la actuación vaya a limitar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y del derecho al secreto de las comunicaciones. En caso contrario, la actuación que desarrolle el agente en la infiltración, será reservada, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley que establece que las actividades del CNI, así como su organización, estructura interna, medios, procedimientos y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, constituyen información clasificada, con el grado de secreto.

El CNI actuará, según la legislación vigente, en coordinación y cooperación con el resto de las Administraciones Públicas siempre que sea necesario para el cumplimiento de sus misiones y siempre que se preserve la protección legal de las actividades del centro. En este sentido, las restantes Administraciones Públicas podrán recabar esta coordinación con el CNI para la investigación de verdaderas y peligrosas tramas de criminalidad organizada pues, tal y como afirma GARCÍA LOSADA, el artículo 282.bis LECrim introduce más inseguridad jurídica en su aplicación y, por tanto, restringe mucho el ámbito de su aplicación por los servicios policiales³⁶.

Ahora bien, existe un problema en la aplicación práctica de las infiltraciones por parte de los agentes del CNI que se centra en el ámbito de actuación de los mismos. En este sentido, que el ámbito de actuación regulado en la LECrim es mucho más amplio que el

³⁶ GARCÍA LOSADA, «Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. Casuística policial»...op. cit., pág. 1512 y ss.

previsto por la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

La solución pasa por considerar la posibilidad de que las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada pueden ser reconducidas al objetivo de actuación del CNI —riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones (art. 4 de la Ley 11/2002)—. Si esto es así, podemos confirmar la viabilidad de que agentes del CNI actúen como infiltrados, bajo el título de seguridad y defensa nacional, puede llevar a cabo investigaciones de seguridad sobre personas (art. 5.4).

No obstante, viendo la experiencia práctica y la inseguridad jurídica que impregna la LECrim a las fuerzas policiales, que cada vez son más reacios a ofrecerse como futuros agentes encubiertos³⁷ —recordemos que el nombramiento de un agente policial como encubierto es voluntaria— adquiere mayor fuerza la obtención de información acerca de las organizaciones criminales por parte de los agentes del CNI, y su posibilidad de utilizarse en el eventual proceso penal. El desgaste físico y psíquico que supone para los agentes policiales, que ven como sus vidas cambian en lo personal y profesional a causa de la infiltración policial, nos lleva a determinar la importancia de la actuación del CNI.

Otro de los puntos que debemos tratar para estimar las ventajas de las infiltraciones por el CNI es lo que rodea a los medios materiales y económicos que se aportan a la infiltración policial. Es decir, la persona que actúe como agente encubierto, como miembro activo de la organización criminal, tiene que tener una serie de recursos económicos que, en muchas ocasiones, el presupuesto asignado para el Ministerio del Interior, del que dependen, hace imposible otorgar y hacer frente a los gastos que puede reportar la infiltración de uno de sus miembros en el entramado organizativo. Sin embargo, en el caso

del CNI que tiene asignado los denominados fondos reservados que financian sus actividades. El gasto de estos fondos, deberá pasar un control parlamentario que también tendrá carácter secreto. Es más, la comisión encargada de controlar estos gastos tendrá conocimiento de las materias clasificadas pero en ningún caso de las fuentes y medios del CNI de los que se haga uso para obtener la información.

Teniendo en cuenta, que todo lo que el CNI quedará bajo la cláusula de materia clasificada y por lo tanto ostentará carácter secreto, es mucho más viable que sean los agentes de este centro los que puedan realizar las infiltraciones en bandas organizadas, quedándose el artículo 282.bis LECrim, para la investigación de organizaciones de menor envergadura.

Para finalizar, y con el objeto de señalar todas las posibles ventajas que puede reportar la actuación de los agentes del CNI en la investigación de la criminalidad organizada, hay que resaltar el régimen de la responsabilidad penal en que puedan incurrir en el desarrollo de la operación. Teniendo en cuenta el *iter* en el desarrollo de las investigaciones realizadas por el CNI y el carácter clasificado de sus investigaciones, el régimen de responsabilidad penal —sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que puedan incurrir— resulta ser mucho más flexible que el aplicable a los agentes encubiertos que actúan conforme al art. 282.bis LECrim. En este sentido, las actuaciones del CNI sólo pasarán control judicial en los casos en que pueda verse limitado el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. De este modo, el carácter secreto de las investigaciones llevadas a cabo por el CNI determina que en sus agentes puedan quedar impunes de las acciones que, presuntamente, constituyan un tipo delictivo y siempre que éstos sean proporcionados con la finalidad de la investigación y no supongan una amenaza para el Estado de Derecho, tal y como se recoge en el Real Decreto 327/2004, de 27 de febrero, por el que se modifica el Estatuto personal del Centro Nacional de Inteligencia, aprobado por el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio.

³⁷ GARCÍA LOSADA, «Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. Casuística policial»...op. cit., pág. 1513. Señala el Comisaría General de la Policía Judicial que: «razones relacionadas con la seguridad jurídica y la responsabilidad penal en la que puede incurrir el agente encubierto en el desarrollo de su actividad, aconsejan a los responsables de las Unidades de Policía Judicial española a ser muy restrictivos y cautos a la hora de acudir a este instrumento de investigación».

IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA CIVIL DEL AGENTE ENCUBIERTO

Las actuaciones que desarrolle el agente encubierto, además de la eventual responsabilidad penal en que puedan incurrir, pueden llevar aparejada responsabilidad civil y disciplinaria.

En este sentido, como señala MORENO CATENA, la responsabilidad disciplinaria supone la reacción del ordenamiento jurídico ante actos u omisiones ilícitos en el desarrollo de las labores propias del cargo, que escapan del Derecho Penal reservado para las infracciones más graves³⁸.

En cuanto a la responsabilidad civil que puede devenir la actuación del infiltrado durante el desarrollo de la infiltración, debemos diferenciar: de un lado, aquella que nace de la realización de un acto o negocio jurídico con utilización de la identidad supuesta y sin que éste sea necesario para la finalidad de la investigación. Y de otro, la responsabilidad civil derivada del ilícito penal³⁹.

1. Responsabilidad disciplinaria del agente encubierto

Los agentes infiltrados son funcionarios de las FFCCSS. Su régimen disciplinario viene recogido en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Debemos justificar la inclusión del estudio de la responsabilidad disciplinaria del agente encubierto, al hilo del estudio de la responsabilidad penal en tanto en cuanto, dispone el artículo 27 de la L.O 2/1986, que se consideran faltas muy graves *cualquier conducta constitutiva de delito doloso* teniendo como sanción la separación del servicio o la suspensión de sus funciones de tres a seis años.

Es evidente, que este tipo de responsabilidad, sólo operará en el caso en que la conducta delictiva practicada por el agente encubierto durante el desarrollo de la infiltración policial, no esté sujeta a la

causa de justificación prevista en el artículo 282.bis 5 LECrim. Es decir, se exige para reclamar responsabilidad disciplinaria la existencia de dolo⁴⁰ o intención a la hora de delinquir. Lo que nos hace considerar que, si en el caso en que la acción ilícita llevada a cabo por el agente encubierto sea proporcional y necesaria para la finalidad de la investigación, no se da la existencia de dolo, no estaríamos ante uno de los supuestos planteados como falta muy grave.

Además, el agente encubierto podrá incurrir en faltas graves o leves cuando en el desarrollo de su labor como infiltrado contradigan lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y siempre que no sea constitutivo de delito muy grave. Un claro ejemplo, que puede derivar en responsabilidad disciplinaria, podemos entender que es cuando se suspende la infiltración policial y el agente encubierto hace caso omiso de la orden y sigue actuando como tal.

La consecuencia de incurrir en responsabilidad disciplinaria provoca desde la separación del servicio, como sanción más grave hasta el apercibimiento, como más leve.

Que los actos cometidos por el agente encubierto sean objeto de un proceso penal, no impide que se inicie la tramitación del procedimiento disciplinario por los mismos hechos. Sin embargo, la resolución del expediente disciplinario no se producirá en tanto en cuanto la sentencia recaída en el proceso penal adquiera firmeza, vinculando la declaración de los hechos probados en el ámbito penal, a la Administración.

2. Responsabilidad civil del agente encubierto

Como pusimos de relieve al comienzo de este apartado, la responsabilidad civil en que pueda incurrir el agente encubierto durante el desarrollo de la infiltración policial, podemos considerarla desde una doble vertiente: por un lado, la responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo (responsabilidad civil extracontractual). Y por otro, la responsabilidad civil derivada de los actos o relaciones jurídicas (responsabilidad civil contractual) que el agente

³⁸ MORENO CATENA (junto a CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Introducción al...* op. cit., pág. 153. La vía penal siempre prevalece a la disciplinaria pero ello no impide que ambas puedan sustanciarse de forma simultánea y por los mismos hechos.

³⁹ Vid., ARNAIZ SERRANO, *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁴⁰ Según la jurisprudencia debemos entender por dolo: «conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal». SSTs 15 de marzo de 2007 (Tol 1049927); de 9 de mayo de 2007 (Tol 1079951).

encubierto realice con ocasión de la identidad supuesta y que no tengan justificación en la consecución de la finalidad de la investigación.

A) Responsabilidad civil pura derivada del ilícito penal realizado bajo la identidad supuesta

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual —esto es la responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo— señala el artículo 1902 del Cc: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». No obstante, en el supuesto en que nos encontramos, debemos tener presente que el agente responderá siempre y cuando no le sea de aplicación la causa de justificación prevista en el artículo 282.bis 5 LECrim, en cuyo caso, la conducta del agente encubierto no puede considerarse ilícita⁴¹. En caso contrario, cuando el agente encubierto, haya realizado actuaciones ilícitas que no puedan quedar amparadas por la causa de justificación prevista en la LECrim ni el en Código Penal, el agente encubierto responderá penal, y civilmente frente al Estado y terceros perjudicados respectivamente.

Sin embargo, debemos tener presente que si el agente no responde civilmente por los daños o perjuicios ocasionados de su actuación ilícita, el tercero afectado por la comisión delictiva se verá desprotegido, situación que no puede aceptarse por el Estado. Por ello, en estas situaciones en las que el agente no responde directamente, es el propio Estado el que garantizará, subsidiariamente, la responsabilidad civil por las conductas de sus funcionarios⁴².

⁴¹ En sentido contrario se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, que refiere que la responsabilidad civil en que haya podido incurrir el agente encubierto subsista en todo caso, y no pueda sujetarse a límites especiales. En *Infiltración policial y agente encubierto...* op. cit., pág. 289.

⁴² Vid., GUZMÁN FLUJA, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. CEDOYA MENÉNDEZ DE VIGO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado: especial referencia a los delitos cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)», en *Actualidad Penal*, nº 12, marzo, 1997.

B) Responsabilidad civil contractual derivada de los actos realizados bajo la identidad supuesta

Como regla general, aplicable al agente encubierto, el artículo 1911 del Código Civil, señala que: «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil por aquellos actos jurídicos (contratos de alquiler, contratos de compraventa, relaciones bancarias, comerciales, etc...⁴³), realizados con motivo del uso de la identidad supuesta, hay que recordar que la LECrim en el párrafo primero del artículo 282.bis autoriza al agente encubierto a actuar bajo tal identidad. Esto, debemos entenderlo en sentido estricto, es decir, sólo quedarán amparados por el propio devenir de la infiltración, aquellos actos que sean consecuencia necesaria de la investigación, sin perjuicio de que el tercero interesado y perjudicado por la actuación del agente encubierto pueda reclamar al Estado como último responsable. En ningún caso, podrá considerarse la exención de responsabilidad civil del agente encubierto, cuando los actos civiles y mercantiles que haya realizado tengan el fin de lucrarse. En estos supuestos, el tercero perjudicado podrá reclamar al agente en primera persona.

Pero el problema que de esto se deriva, tiene una mayor trascendencia, contra qué identidad se tiene que dirigir el tercero afectado por el agente encubierto. A este respecto, distingue GASCÓN INCHAUSTI dos momentos diferentes⁴⁴: cuando la infiltración policial todavía no ha finalizado, en cuyo caso el tercero sólo podrá recla-

⁴³ Señala ZARAGOZA AGUADO, que la participación por parte del agente encubierto en el tráfico jurídico y social conllevará la posibilidad de realizar los actos, negocios u operaciones financieras, comerciales, mercantiles, civiles, etc. Que sean necesarias para el desarrollo de la investigación, lo que permitirá actuaciones tales como la constitución de sociedades o la apertura de locales o establecimientos comerciales para aparentar la dedicación a una actividad negocial legal. Entendemos que estos casos se producirán cuando los miembros del entramado organizativo pongan al agente encubierto, como miembro del mismo, al frente de un negocio o sociedad pero nos parecería desproporcionado que el agente encubierto de *motu proprio* pudiera hacer uso de esa facultad que le atribuye la ley. En «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada»... op. cit., pág. 65.

⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* op. cit., pág. 291-294.

mar a la identidad ficticia del infiltrado pues es sólo ésta identidad la que el acreedor conoce. O bien, cuando la operación encubierta ya ha finalizado, señala el referido autor, que extinguida la identidad supuesta, podrá el acreedor dirigirse contra la identidad real del agente encubierto si tuviera conocimiento de ella por cualquier modo. En estos casos, en que la infiltración está finalizada, el exigir al agente encubierto es como dirigir la pretensión a una persona ficticia que nunca ha existido y las posibilidades de satisfacer sus intereses se verían frustradas.

A nuestro entender, esta manifestación no puede sostenerse, en tanto en cuanto, el agente encubierto puede ampararse en las garantías que prevé la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de Testigos y Peritos en causas criminales, entre las que se encuentra la conservación de la identidad con la que actuó durante la infiltración policial, o incluso podrá gozar de una nueva y diferente identidad con el fin de preservar la seguridad del agente encubierto y sus familiares. Es decir, aunque la LECrim sólo prevea la permanencia de la identidad supuesta hasta finalizado el eventual proceso penal en que el agente encubierto deba testificar, si la vida o integridad del agente corre grave riesgo, se le permita la aplicación de las ventajas que reporta la ley 19/1994 para los testigos protegidos. No obstante, hay que tener en cuenta que la previsión que hace la LECrim sobre la protección del agente infiltrado, constituye una de las lagunas principales de su regulación legal. Esto genera una situación de inseguridad jurídica que repercute en la posibilidad de llevar a cabo las infiltraciones policiales. Es decir, si la actuación como infiltrado es de carácter voluntario, la sensación de inseguridad generada por la regulación actual de la LECrim hará que los agentes de las FFCCSS no se planteen la posibilidad de aceptar la condición de infiltrado, ya no sólo por el riesgo que corre su integridad física o por el peligro que tiene su vida, sino porque tal y como está planteado el régimen de responsabilidad penal, puede verse inmerso en un procedimiento penal en su contra por actos realizados en el ejercicio de su cargo pero que a ojos del Tribunal competente se consideran desproporcionados con los fines de la investigación⁴⁵.

⁴⁵ En este sentido, señala HERNANDO MARTÍN que otro aspecto a mejorar es la seguridad jurídica del agente encubierto ante las actividades ilícitas en que puede llegar a participar, ya que la actual regulación de la infiltración policial no ofrece un nivel de garantía suficiente. En «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodo-

En cualquier caso, la identidad ficticia del agente encubierto se consignará en pieza separada durante el proceso penal y se conservarán fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Esta reserva, debe persistir incluso una vez terminada la investigación encubierta por lo que no parece lógico pensar que el acreedor pueda conocer la verdadera identidad del agente infiltrado y menos, poder dirigir contra él la acción civil para la satisfacción de su derecho de crédito.

Entendemos, que la solución que debe dirigirse a permitir que el acreedor tenga conocimiento de que ha contraído una obligación con un agente encubierto, y que por ende, su posible derecho de crédito podrá dirigirlo frente al Estado. Esta creemos, es la mejor forma para que el acreedor satisfaga su pretensión y, a la vez, garantizar la protección del agente encubierto. Evidentemente, esto con independencia de que el Estado pueda dirigirse de manera subsidiaria contra el agente encubierto si la obligación que asumió el agente infiltrado no era consecuencia necesaria de la investigación y con ella pretendió lucrarse.

Otra posible solución para satisfacer el derecho del acreedor, es que pueda dirigirse contra la persona con la que realizó el acto jurídico aunque ésta sea ficticia. Es decir, se podrá reclamar civilmente al agente encubierto, esto es, a la identidad ficticia, una vez terminada la infiltración policial, la satisfacción de todos aquellos derechos o deudas que haya adquirido con ocasión del desarrollo de la infiltración policial pero en su propio beneficio. En cambio, para aquellos otros actos que sean consecuencia directa de la investigación, creemos que lo oportuno es que el acreedor se dirija contra el Estado como principal responsable⁴⁶. Por lo tanto, la clave está en determinar si el acto o negocio jurídico, realizado por el agente, es consecuencia directa de la investigación, y cuando se realiza para su lucro personal.

logía operativa y directrices policiales en las investigaciones»...op. cit., pág. 1393.

⁴⁶ Como señala GASCÓN, el Estado siempre podrá ejercer su derecho de repetición frente al agente encubierto cuando éste haya realizado un gasto excesivo, indebido o innecesario. En *Infiltración policial y «agente...op. cit., pág. 292.*

V. EL PROCESO PARA DEPURAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL AGENTE ENCUBIERTO

Una vez finalizada la infiltración policial, tendrán que depurarse las responsabilidades penales y civiles por los actos cometidos por el agente encubierto durante la investigación.

Hay que distinguir el proceso en que se vayan a depurar la responsabilidad penal y la civil que haya podido derivarse la comisión de un hecho delictivo, y de aquel proceso civil por los actos de esta naturaleza que, el agente encubierto, haya realizado durante la investigación.

Pusimos de relieve con anterioridad que el examen de la necesidad y proporcionalidad de la conducta del agente encubierto, deberá realizado *ex post* por el órgano judicial. Por ello, entendemos que el proceso penal, para depurar la eventual responsabilidad penal, deberá siempre abrirse con independencia de que se dicte el sobreseimiento de la causa por entender que existe una causa de justificación que ampara su actuación.

Para depurar la responsabilidad penal del agente encubierto se iniciará un proceso penal diferente de aquél en el que se acordó la infiltración policial, y por tanto diferente de aquél en el que se conoce de la responsabilidad penal de los integrantes de la organización investigados por el infiltrado. Debemos entender que ésta salvedad se hace para preservar la integridad física y la vida del agente encubierto, garantizando así su protección⁴⁷.

Establece la LECrim, en el artículo 282.bis 5 LECrim, que para proceder penalmente contra la persona que actúa como agente encubierto, es necesario que el juez encargado de la instrucción, que será un órgano diferente del que adoptó la infiltración policial, requiera informe relativo a las actuaciones realizadas a los fines de la investigación a quien autorizó la identidad supuesta. Establece el mismo precepto legal, que en atención de este informe resolverá

⁴⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente...»* op. cit., pág. 285. Refiere el autor la procedencia de que la responsabilidad penal del agente encubierto se exija en un proceso penal diferente ya no sólo para garantizar la protección del agente sino además porque es preferible que el infiltrado actúe como testigo (protegido) que como coimputado.

lo que a su criterio proceda, es decir, si se abre o no el juicio oral en el que se establezca la culpabilidad o no del agente encubierto. Por tanto, el contenido de este informe no puede limitarse a confirmar la existencia de un agente encubierto en la investigación, sino que será necesario que este informe contenga toda la información precisa y suficiente para que el juez instructor del segundo proceso —el que se abre para exigir responsabilidad penal al agente encubierto—, decida si la conducta del infiltrado está amparada o no por la causa de justificación prevista en el artículo 282.bis 5 LECrim o cualquiera de las otras previstas en el Código Penal⁴⁸.

Debemos destacar, el carácter preceptivo del informe que debe recabarse del órgano judicial que autoriza la medida. En este sentido, la LECrim lo impone como requisito de procedibilidad para exigir responsabilidad penal al agente encubierto por las actuaciones cometidas durante el transcurso de la investigación. Del carácter de obligatoriedad del informe, debemos deducir que éste se requerirá para todas las actuaciones que haya realizado el agente encubierto que revistan el carácter de ilícito penal, examinando así la necesidad y proporcionalidad de la medida, pues sólo la falta de alguno de estos requisitos supone, que el juicio oral contra el agente encubierto tenga que abrirse para exigir la responsabilidad penal. No obstante, esta decisión se resolverá según el criterio del órgano judicial competente para ello.

En caso contrario, es decir, cuando se deduce de dicho informe que concurren los requisitos establecidos en la primera parte del párrafo 5 del artículo 282.bis LECrim, se acordará el archivo de la causa que será recurrible conforme a las reglas generales establecidas en la LECrim⁴⁹. Lo que tiene que quedar claro es, que el informe que emite el órgano que adopta la identidad supuesta, no decidirá sobre la necesidad y proporcionalidad de la actuación del agente encubierto, en su informe tan sólo tendrá que determinar los indicios por

⁴⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El agente encubierto»...op. cit., pág. 3-4. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente...»* op. cit., pág. 286-287.

⁴⁹ Conforme al artículo 636 LECrim, contra los autos de sobreseimiento sólo procederá el recurso de casación. En cambio el auto declarando la apertura del juicio oral no es susceptible de recurso alguno. MORENO CATENA (junto a CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 352.

los que se autoriza la medida de la infiltración policial, y el contexto y circunstancias en que se desarrolla la infiltración policial.

Todo dependerá del procedimiento ante el que nos encontremos. Así, si nos encontramos ante un procedimiento ordinario por delito, el juez, encargado de la instrucción recabará el informe preceptivo del órgano judicial que autoriza la infiltración policial, y una vez concluido el sumario en que se investigan los hechos cometidos por el agente encubierto, remitírselo al Magistrado de la Audiencia Provincial correspondiente para que éste decida la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa. Si el delito cometido por el agente encubierto, está castigado con una pena privativa de libertad no superior a nueve años, se abrirán diligencias previas, y el juez de instrucción encargado de la investigación será, una vez remitido el informe del órgano que autoriza la medida, el encargado de decidir el sobreseimiento o no de la causa.

Asimismo, el agente encubierto puede cometer ilícitos que se encuentran dentro del ámbito de competencia del Tribunal del Jurado (allanamiento de morada, tráfico de influencias, homicidio, amenazas...). En estos casos, será el juez de instrucción que conozca la causa, el que deberá decidir sobre la continuación o no del procedimiento. En cualquier caso, el juez o magistrado competente para decidir el sobreseimiento o apertura del juicio oral podrá solicitar una ampliación del informe a la autoridad que autorizó la medida de investigación^{50,51}.

⁵⁰ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 119.

⁵¹ Para DELGADO MARTÍN, el órgano competente para decretar el archivo o continuación del procedimiento será el juez encargado de la instrucción con independencia de la gravedad de los hechos delictivos de que se estén conociendo. En *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 120. En el mismo sentido se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente...»* op. cit., pág. 287. En nuestra opinión en estos casos la competencia debe atribuirse conforme a las reglas generales establecidas en la LECrim, dependiendo, así, del procedimiento ante el que nos encontremos. Entendemos que el punto segundo del párrafo 5 del artículo 282.bis LECrim sólo se determina el requisito de procedibilidad, de necesaria observancia para exigir responsabilidad penal del agente encubierto y el órgano que conoce de la instrucción del proceso penal abierto con ocasión de los delitos cometidos por el agente encubierto pero que en ningún caso altera las reglas de competencia objetiva o funcional ya que en caso contrario se generaría una situación de inseguridad jurídica para los infiltrados.

Por último, no podemos olvidar que en el proceso penal conjuntamente con la acción penal, podrá ejercitarse la acción civil, siempre que ambas se deriven del mismo hecho conforme al artículo 100 de la LECrim: «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible».

Decimos «podrá», porque como es sabido por todos, el perjudicado por el ilícito penal podrá renunciar o reservar el ejercicio de la acción a un posterior proceso civil⁵².

Igualmente, hay que tener en cuenta que el carácter público de los delitos cometidos por el agente encubierto, llevan a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal conforme a lo establecido en el artículo 105 LECrim. Teniendo, éste, que entablar conjuntamente con la penal, la acción civil (salvo que la parte perjudicada se haya renunciado la parte perjudicada a su derecho), en cuyo caso, el Ministerio Fiscal sólo reclamará el castigo del culpable siguiendo las previsiones establecidas en el artículo 108 LECrim⁵³.

⁵² ARNAIZ SERRANO, *Las partes civiles en el proceso...* op. cit., pág. 116-117.

⁵³ Ibidem, *Las partes civiles en el proceso...* op. cit., pág. 116 y 154.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV, «Ética del servicio público, Monitoreo de bienes y prueba de integridad», en Libro de Consultas dedicado al *Sistema Nacional de Integridad*, 2000.
- AA.VV, «La componenda global. La construcción de un régimen global de control», *Programa crimen y globalización*. Traansnational Institute, Núm. 3, 2005.
- AA.VV, «Leyes para combatir la corrupción» en *Sourcebook en español. El libro de consultas 2000*. Capítulo 27. <http://www.transparenciamexicana.org.mx>.
- AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- AGUILERA DE PAZ, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Reus, 1925.
- ALACALE SÁNCHEZ, «Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad», en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004.
- ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del orden constitucional español*, Universidad de León, 1996.
- ALEO, «La definizione Della criminalità organizzata nella prospettiva internazionale i problema metodologici per un approccio di carattere generale e sistematico», *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione Della criminalità organizzata e del terrorismo*, DOTT. A. GUIFFRÈ EDITORE, Milano, 2005.
- ALONSO DE ANTONIO, *El derecho a la inviolabilidad domiciliario en la Constitución de 1978*, Colex, Madrid, 1993.
- ALONSO PÉREZ,
- *Medio de investigación en el proceso penal, Legislaciones, comentarios, Jurisprudencia, formularios*, Dykinson, Madrid, 1999.
 - *Medios de investigación en el proceso penal. Legislaciones, comentarios, Jurisprudencia, formularios*, Dykinson, Madrid, 2003.
- ALONSO PÉREZ; NÚÑEZ PAZ, *Nociones de criminología*, Colex, Madrid, 2002.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

ÁLVAREZ CONDE; GONZÁLEZ, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», en *Real Instituto del Cano de Estudios Internacionales y estratégicos*, núm. 7/2006. (versión consultada en <http://www.realinstitutoelcano.org>)

AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Resonaron las voces de los jamás escuchados», Informe 2004, Madrid: EDAI, D.L.

ANARTE BORRALLÓ, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLÓ), Universidad de Huelva, 1999.

ANDRADE SÁNCHEZ, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*. Instituto de investigaciones jurídicas, 1997. [<http://www.bibliojuridica.org>]

ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Akal, Madrid, 2ª edición, anotada y puesta al día / por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, 1986.

ARANADA, «Interpol: una de las mayores organizaciones internacionales del mundo, dedicada a la colaboración policial», en *La coordinación de policías*, Colex, Madrid, 2003.

ARGIRÒ, «Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del consorso esterno ne reato di associazione di stampo mafioso», en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Fascículo 3, julio-septiembre 2003.

ARNAIZ SERRANO, *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ARROYO ZAPATERO; NIETO MARTÍN; RODRÍGUEZ YAGÜE, «El derecho penal internacional europeo», en *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (Universidad Castilla La Mancha), Ministerio de Justicia, Madrid, 2008

ASENCIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1999.

BACIGALUPO SAGGESE; FUENTETAJA PATOR, *Las políticas de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.

BARBERO SANTOS, «Presentación», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla La Mancha, 1999.

BARCELONA LLOP,

- «El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Acceso judicial a la obtención de datos*, CGPJ, Madrid, 1997.
- *Régimen de la policía local en el derecho estatal y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2003.

BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2004.

BASTRESS, «El principio de la “alternativa menos restrictiva” en el Derecho Constitucional norteamericano», en Cuadernos de Derecho Público, *El principio de proporcionalidad*, núm. 5, 1998.

BENÍTEZ ORTÚZAR, *El «colaborador con la justicia»: aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, Dykinson, Madrid, 2005.

BERNAL VALLS, «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual», en *Revista del Poder Judicial*, nº 5, CGPJ, Madrid, 1987.

BERNARDI, «La disciplina prevista dal nuevo Codice Penale Fancese in tema di criminalità organizzata», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fascículo 3, julio-septiembre, 2000.

BLANCO CORDERO, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de la Ley Penal en el espacio», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad Castilla La Mancha, 1999.

BLANCO CORDERO; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista Penal*, número 6, julio 2000.

BONANATE, «Democracia italiana y terrorismo internacional: ¿quién vencerá el desafío?», En DT núm. 6/07 de 20 de febrero de 2007. <http://www.realinstitutoelcano.org>.

- BRAUM, «La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario», En ROMEO CASABONA (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- BUENO ARÚS, «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada», en *Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRE OLIVÉ; ANARTE BORRALLA), Universidad de Huelva, 1999.
- CAAMAÑO, «Garantía constitucional de la inocencia», en Tirant on line, 2003 [<http://www.tirantonline.com>].
- CABEZUDO BAJO, *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004.
- CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CACIAGLI, «Criminalidad organizada y sistema político italiano», en *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- CARBONELL MATEU, «Artículo 20.7. contenido del ejercicio legítimo de un derecho», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, en <http://www.tirantonline.com> (Tol 150875).
- CARRERA HERNÁNDEZ, *La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol*, Colex, Madrid, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, *El convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- CASTALDO, «La naturaleza económica de la criminalidad organizada», En *Revista Prudentia Juris*, núm. 57. <http://www.edial.com>.
- CASTELLS, *La era de la información. 3. Fien del milenio*, Alianza, Madrid, 2006, 4ª edición.
- CASTLLEJO MANZANARES,
- «Intercambio de información policial en el marco de la Unión Europea». En *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
 - «Problemas de funcionamiento que actualmente presenta EUROPOL», ponencia presentada en *Jornadas sobre Derechos Humanos y armonización del derecho penal en el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, 19-20 de enero de 2009.
- CATANZARO, *El delito como empresa*, Taurus Humanidades, Madrid, 1992.

- CEDOYA MENÉNDEZ DE VIGO, «La responsabilidad civil subsidiaria del Estado: especial referencia a los delitos cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)», en *Actualidad Penal*, nº 12, marzo, 1997.
- CHOCLÁN MONTALVO,
- «Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación». En *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 2, 2001.
 - «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», en *Revista del Poder Judicial*, nº 38, Madrid, 1995.
 - *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, núm. 10, Dykinson, Madrid, 2000.
 - «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?», en *Actualidad Aranzadi*, núm. 488, 2001, pág.
- CLIMENT DURÁN, *La prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal* (junto GIMENO SENDRA; MORENO CATENA)
- DAUNIS RODRÍGUEZ,
- «Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿Objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?». En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; SANZ MULAS (Coord.), *Derecho Penal de la Democracia vs. Seguridad Pública*, Comares, Granada, 2005.
 - «La promoción del tráfico ilegal de personas: Aspectos jurídicos y policiales», en SANZ MULAS (Coord.) *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad». En *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, 1959.
- DE DIEGO DíEZ, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley*, Tecnos, Madrid, 1998.
- DE FUGUEREIDOS DIAS, «Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "Dominio de la Organización"», en FERRE OLIVÉ; ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada aspectos procesales, penales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

- DE JORGE MESAS, «Restricciones al derecho de asociación para prevenir y reprimir fenómenos delictivos de sectas, bandas terroristas, tribus urbanas, hinchadas deportivas» En Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Madrid, 1996.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites» en GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI; VALCARCE LÓPEZ (Dir.), *La cooperación internacional frente a la delincuencia organizada*, Sevilla, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, «El «control judicial previo» de la «inteligencia nacional» (o de cómo el remedio resulta peor que la enfermedad), En *Tribunales de Justicia*, n° 5, Mayo 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS.; ARAGONESES MARTÍNEZ; HINOJOSA SEGOVIA; MUERZA ESPARZA Y TOMÉ GARCÍA, *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA,
- «La Policía judicial y la seguridad ciudadana», en Revista del Poder Judicial, número 31, septiembre, 1993.
 - «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre 1986.
 - *Derecho procesal penal (Manual para criminólogos y policías)*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
 - *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- DE MIGUEL BARTOLOMÉ, «Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada», En GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI (Director), *La criminalidad organizada ante la Justicia*. Universidad de Sevilla, y UIMP, Sevilla, 1996.
- DE URBANO CASTRILLO, «La investigación tecnológica del delito», en *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° 2, 2007.
- DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada» ponencia presentada en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004. (<http://www.cej.justicia.es>).
- DEL ROSAL BLASCO, «Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y políticos-criminales», en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, 2001.

- DELGADO GARCÍA, «El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y Legislación comparada», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, 1996.
- DELGADO MARTÍN,
- «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», en PICO I JUNOY, *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001.
 - Criminalidad organizada. (Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves), J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- DEMETRIO CRESPO, «Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”» en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004.
- DÍAZ COLORADO, *El crimen organizado*, <http://www.psycologia.com/articulos/ar-fdiaz01.htm>. Establece el autor que la delincuencia organizada, estructuran su actividad con la división del trabajo y la especialidad de la mano de obra.
- DÍAZ PITA, *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- DIEZ RIPOLLÉS; ROMEO-CASABONA (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 1996.
- DYNA; SUNG, «The Safety and Effectiveness of Diverting Felony Drug Offenders to Residential Treatment as Measured by Recidivism», en *Criminal Justice Policy Review*, December 2000
- EDWARDS, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1996.
- EIRANOVA ENCINAS (coord.), Traducción del *Código Penal Alemán StGB. Código Procesal Penal Alemán StPO*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 258.
- ELENA RESUMIL, «Peligro en la respuesta, peligro en el silencio: ¿Derecho a no declarar contra sí mismo o a permanecer callado» en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, núm. 58, enero-febrero, 1998 [<http://www.capr.org>].
- ESPIGARES MIRA, «Interpol y su intervención en la lucha contra la delincuencia organizada», en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004. (<http://www.cej.justicia.es>).

- BENITO SÁNCHEZ, «Blanqueo de capitales y fraude inmobiliario» en SANZ MULAS (Coord.) *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.
- ESPÍN CÁNOVAS...[et.al], *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 5ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ESPINA RAMOS, *Algunas reflexiones sobre la instrucción sobre el Ministerio Fiscal*, Enero 2002. <http://www.juridicas.com>.
- ESPINAR VICENTE, «La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor». En la obra de GARCÍA SAN MIGUEL (Coord.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad...*
- ESTRELLA RUIZ, «Entrada y Registro, interceptación de las comunicaciones postales, telefónicas, etc...», en *Medidas restrictivas de los derechos fundamentales*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.
- FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.
- FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998.
- MONTOYA, *Mafia y crimen organizado. Aspectos legales. Autoría mediata. Responsabilidad penal de los aparatos organizados de poder*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2004.
- FASSONE, «La valoración de la prueba en los procesos ante criminalidad organizada», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 48, 1997.
- FENECH, *Derecho procesal penal*, Editorial Laboral, Barcelona, 1960, 3ª edición, volumen I y II.
- FERNÁNDEZ APARICIO, «El delito provocado y el agente encubierto», *Actualidad Penal*, n° 44, 2002.
- FERRAJOLI,
- «Criminalidad y globalización» en *Revista de Ciencias penales*, núm. 1, 2005.
 - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001.
 - Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2001.

- FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 1996.
- FLORES PRADA, *El valor de las declaraciones de los coimputados*, Madrid, 1998.
- FOFFANI, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», en *Revista Penal*, núm., 7, 2001.
- GALETTA, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario». en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998.
- GARCÍA HERRANZ, «La OLAF: antecedentes, estructura, misiones», en *La coordinación de las policías*, Colex, Madrid, 2003, pág. 63 y ss. <http://www.europa.eu.int>.
- GARCÍA LOSADA, «Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. Casuística policial», en *Delincuencia organizada: experiencia en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia en el tráfico de estupefacientes*, Centro de Estudios Jurídicos, 2004.
- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión». En *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA TORRES. JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA VALDÉS, «Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y el delito provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito» en *Política criminal y reforma penal*. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- GARCÍA VALTUEÑA, «El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal», en CGPJ, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*, 1993.
- GARRIDO; STANGELAND; REDONDO, *Principios de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GASCÓN INCHAUSTI,
- *El control de fiabilidad probatoria: «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Revista General de Derecho, Valencia, 1999.
 - *Infiltración policial y agente*, Comares, Granada, 2001.

GIL DE LA FUENTE, «La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales», *La Ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 20, 2005.

GIMENO SENDRA,

- *Derecho Procesal Penal*, (junto con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), Colex, Madrid, 3ª edición, 1999.
- «El derecho de defensa» en *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «El registro de la propiedad y el derecho a la intimidad», en *Libro Homenaje a Jesús López Mendel*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la Investigación Penal», en *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Madrid, 2005.
- «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la seguridad pública», <http://www.iustel.com>.
- «La reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal», en *La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal*.
- «Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», en *La Ley*, núm. 2, 1996.
- Junto a CONDE-PUMPIDO TOURÓN; GABERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y Jurisprudencia*, Tomo 3, Bosch, Barcelona, 2000.

GISBERT POMATA, «La “circulación o entrega vigilada” y el “agente encubierto”», en *ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 55, 2002.

GOMARA HERNÁNDEZ; AGORRETA RUIZ, *Prontuario de seguridad pública e intervención policial*. Distribuciones y asesoramiento de Publicaciones profesionales, Pamplona, 2003.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO,

- «Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos», en *La Ley*, diciembre de 2004.
- *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.

GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA, «La criminalidad organizada. Una aproximación sociológica y político-criminal», en *Revista del Poder Judicial, Número especial XVI: Bicentenario de la Audiencia Territorial de Cáceres*.

GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid, 1989.

GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer delito*, Tirant lo Blanch, 1995.

GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO,

- *Proporcionalidad y derechos fundamentales el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- «El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español» en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998.
- «Entrada y Registro en domicilio», Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GONZÁLEZ MONTES, *Instituciones de derecho procesal*, Madrid, Tecnos, 1993.

GONZÁLEZ-TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992.

GRANADOS PÉREZ, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia», en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, 2001.

GUARGILIA, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal» (edición digital <http://www.cienciaspenales.org>. Revista de Ciencias Penales, núm. 12, agosto, 1996)

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Policía y criminalidad organizada», en LINDE PANIAGUA, *La coordinación de las policías*, Colex, Madrid, 2003.

GUZMÁN FLUJA,

- *Anticipación y preconstitución de la prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- «El agente encubierto y las garantías del proceso penal», en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2006.
- *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

HASSEMER,

- «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada» (versión digital <http://www.cienciaspenales.org>)
- *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*. en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, núm. 14, 1997.

HASSEMER; MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HEPP, *Zweiter beirbag*, citado por RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982

HERNANDO MARTÍN, «La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones». Ponencia presentada en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004. (<http://www.cej.justicia.es>).

HERRERO HERRERO, *Criminología (Parte general y especial)* Madrid, Dykinson, Madrid, 1997.

HERRERO-TEJEDOR, *La intimidación como derecho fundamental*, 1º ed, Colex, Madrid, 1998.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, «Intimidación personal y familiar. Domicilio y medio ambiente». En *Perfiles del derecho constitucional de la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, 1996.

IGLESIAS RÍO; MEDINA ARNÁIZ, «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea», en *Revista Penal*, núm. 14, Julio 2004.

JAÉN VALLEJO, «Introducción al Derecho Penal económico» En *Derecho Procesal Penal Económico*, Centro de Estudios jurídicos, 2003, [<http://www.cej.justicia.es>].

JAKOBS, «¿Terroristas como personas en derecho?», en *Derecho penal del enemigo* (junto CANCIO MELIA), Civitas, Madrid, 2006.

JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, Tomo VII, 1986.

JIMÉNEZ VILLAREJO,

- «La policía judicial una necesidad, no un problema», en *Revista del Poder Judicial*. Número especial II, 1998.

- «Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal», en *Estudios de Derecho Judicial*, volumen sobre *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, editado por el CGPJ, Madrid, 1997.

JUANES PECES, «Los sujetos en la instrucción», en *El proceso penal*, en Tirant on line [<http://www.tirantonline.com>].

LEZERTUA, «El derecho a la vida privada y familiar en la Jurisprudencia del TEDH». En, *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA,

- «El agente encubierto», en *La Ley*, 1999.
- «La motivación de las sentencias», en CGPJ, volumen dedicado a *La sentencia penal*, 1992.
- *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/iure, Madrid, 1989.
- «Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado», en CGPJ, volumen dedicado a *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, 2001.

LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y Doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ GARCÍA, «Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?» en *La Ley. Revista jurídica Española*, 2003, núm. 4.

LÓPEZ ORTEGA,

- «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad en la injerencia como presupuesto de validez», en Cuadernos de Derecho judicial, volumen dedicado a *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, CGPJ, Madrid, 1996.
- «Prueba y proceso equitativo, aspectos actuales de la jurisprudencia europea», en Cuadernos de Derecho Judicial, Volumen dedicado a *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, CGPJ, Madrid, 1993.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.

LOURIDO RICO, *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2003.

LUCAS MURILLO, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

LUCAS VERDÚ, *Prólogo a la obra de RUIZ MIGUEL, La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

- LUZÓN CUESTA, *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000.
- MAGRO SERVET, «Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada», en *La Ley*, n° 6843, diciembre 2007, D-273
- MALEM SEÑA, *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- MANCINI, «Le attività “sotto copertura”: margini di utilizzabilità delle prove e contrasti giurisprudenziali», consultado en <http://www.filodiritto.com/diritto/penale>
- MANNA, «Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: La privacy», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fascículo 4, octubre-diciembre, 2004.
- MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial*, Mergablum, Sevilla, 2001.
- MAQUEDA ABREU, «Políticas de seguridad y Estado de derecho», en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Tirant Monografías, Valencia, 2002.
- MARINO, *Historia de la mafia*, Javier Vergara, Barcelona, 2002.
- MAROTTA «La cooperazione di polizia secondo la convenzione di Palermo», *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione Della criminalità organizzata e del terrorismo*, DOTT. A. GUIFFRÈ EDITORE, Milano, 2005.
- MARTÍN MORALES, [et.al],
- *El principio constitucional de intervención indiciaria*. Grupo Editorial Universitario. Granada, 2000.
 - *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.
- MARTÍN PALLÍN, «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas» en *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Cuadernos de Derecho Judicial, n° 5, 2000.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, DE OTTO Y PARDO, *Derecho fundamental y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- MARTÍN Y MARTÍN, *La instrucción penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 65 y ss.

- MARTÍNEZ GARCÍA, «Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (A la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)», en Tirant on line, 2003 [<http://www.tirantonline.com>]
- MARTÍNEZ GINESTA, «Límites técnicos de la ayuda prestada por las operadoras en la investigación de los delitos», en *Cuadernos de derecho judicial*, volumen dedicado a *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Madrid, 2007, pág. 196 y ss.
- MARTÍNEZ PÉREZ, *Política judicial y Constitución*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- MARTÍNEZ PISÓN DE CAVERO, *El derecho a la intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.
- MAURO, «La Decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», en *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia Penal*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- MEDINA ARIZA, «Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado», en *Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLÓ), Universidad de Huelva, 1999.
- MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MELILLO,
- «Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative delitti con finalità di terrorismo». [http://www.uned.es/investigacion/publicaciones/Cuadernillo_Marzo05.pdf]
 - «Le operazioni sotto coperura nelle indagini relative a delitto con finalità di terrorismo». En *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi* (dirección DI CHIARA), Giappichelli editore, Torino.
- MENA ÁLVAREZ, «Tratamiento penal del partícipe arrepentido» En Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1992.
- MIERES MIERES, *Intimidación personal y familiar: prontuario de Jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- MILITELLO, *Las propuestas de Normas penales comunes en Europa*. <http://www.iuscrim.mpg.de>.

- MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Madrid, 1997.
- MONTERO AROCA, «La denuncia anónima y su eficacia como acto de iniciación del procedimiento preliminar penal», en GONZÁLEZ MONTES (ed), *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la Justicia Penal*, Universidad de Granada, 1994.
- MONTERO AROCA; ORTELLS RAMOS; GÓMEZ-COLOMER; MONTÓN REDEONDO, *Derecho Jurisdiccional III, proceso penal*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MONTERO GÓMEZ, «Doctrina de infiltración para inteligencia contraterrorista», en *Atenea Intelligence Occasional Paper*, nº 13, 4 de septiembre de 2007 (<http://www.atheneaintelligence.org>).
- MONTÓN GARCÍA, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», en *La Ley*, 1999.
- MONTÓN REDONDO,
- «El proceso preliminar (la instrucción)», en MONTERO AROCA [et.al], *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 11ª Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
 - «La interceptación telefónica constitucionalmente correcta», en *La Ley*, 1995.
 - «Utilización de «agentes encubierto»», en MONTERO AROCA, J. (Dir.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 11ª ed, 2002.
- MONTOYA, *Informantes y técnicas de investigación encubierta*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, «El derecho a la respeto de la esfera privada en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, CGPJ, 1993.
- MORENO CATENA,
- (CORTÉS DOMÍNGUEZ. GIMENO SENDRA), *Derecho procesal penal*, Colez, Madrid, 1999.
 - (CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 2ª edición.
 - *proceso penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 - CASTILLEJO MANZANARES, *La persecución de los delitos en el Convenio de de Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- «Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial», en *Revista del Poder Judicial*, Número especial VIII: Seguridad ciudadana, 1989.
 - «Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal», en *Revista del Poder Judicial*, Número Especial II, 1997.
 - «La intervención de las comunicaciones personales en el proceso penal», en *La reforma de la Justicia penal (Estudios homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)* Valencia, 1997.
 - «La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal», en *La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal*, Centro de Estudios jurídicos, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
 - «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español En FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
 - «Los agentes encubiertos en España», *Revista ICAM*, núm. 10, 1999.
 - CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 3ª edición.
- MUERZA ESPARZA, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada». Ponencia en el Seminario de *Derecho Procesal Penal Económico*. Año 2003. Centro de Estudios Jurídicos [<http://www.cej.justicia.es>]
- MUÑOZ CONDE,
- GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª edición, 2007.
 - «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 1, 1999.
 - «De la “Tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”», <http://www.iustel.com>
 - «Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada» En GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (director), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, ayuntamiento de Sevilla, UIMP, Sevilla, 1996.
 - «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada» en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
 - *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, *La moderna problemática jurídico-penal del agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- NEBREA, *Seguridad e intimidación*, ADSI y ISEGS, Barcelona, 2001.

- NOYA FERRERIRO, *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ORTELLS RAMOS, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional» en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- PALAZZO, «La mafia hoy: evolución criminológica y legislativa», en *Delincuencia organizada. Aspectos procesales, penales y criminológicos* (Eds. FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLÓ), Universidad de Huelva, 1999.
- PARRADO MORENO, *La policía en el Estado de Autonomía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2001.
- PECES MORATE, «Más sobre la policía judicial» *Jueces para la democracia*, 1987, núm. 1.
- PEDRAZ PENALVA,
 - «El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990.
 - ORTEGA BENITO, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del tribunal constitucional y literatura especializada alemanas», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 17, Marzo, 1990.
- PÉREZ ARROYO, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el derecho penal y procesal penal», en *La Ley*, 2000.
- PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991.
- PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 7ª edición.
- PÉREZ VILLALOBOS, *Derechos fundamentales y servicios de Inteligencia*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.
- PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PORTILLA CONTRERAS, «La configuración del “Homo Sacer” como expresión de los nuevos modelos de derecho penal imperial», *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

- PRIETO SANCHÍS,
 - «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación». En Cuadernos de Derecho Público, núm. 11, septiembre 2000.
 - «Ponderación sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 11, 2000.
- PUENTE MUÑOZ, «El derecho a la intimidad en la Constitución». En *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIII, Fascículo IV, Madrid, 1980.
- QUERALT JIMÉNEZ,
 - «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero», *La Ley*, núm. 6, 1999.
 - *Introducción a la policía judicial*, JM Bosch, Barcelona, 1999, 3ª ed.
- QUINTERO OLIVARES, «Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública», En Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1992.
- REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.
- REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo*, Colex, Madrid, 1999.
- RESA NESTARES, «Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias» [<http://www.uam.es>]
- REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatorio de imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RIFÁ SOLER
 - La figura del infiltrado como sujeto de protección.
 - «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim», *Revista del Poder Judicial*, nº 55, 1999.
 - «La figura del infiltrado como sujeto de protección», en ROBLES GARZÓN, *Jornadas internacionales de derecho procesal dedicadas a la protección de Testigos y peritos en causas criminales*, 2001.
- RIVERA VELA, «Las unidades nacionales de Europol. Elementos dinamizadores de la cooperación», en *¿Hacia una policía Europea?* Publicaciones de la Fundación Policía Española, Madrid, 2002.
- RIVES SEVA,
 - *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004.

- *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Navarra, 1999, 3ª edición.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ,
- «Comentarios a la Ley 5/1999, de 13 de enero: la «entrega vigilada» y el «agente encubierto»», en *Actualidad Aranzadi*, núm. 380, 1999.
 - «El «agente encubierto» y la «entrega vigilada» (Comentario a la Ley 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad Castilla La Mancha, 1999.
- RODRÍGUEZ LAINZ, *La intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ RAMOS, «La intervención de las comunicaciones» en Cuadernos de Derecho Judicial, *La prueba en el proceso penal*, 1992.
- RODRÍGUEZ SOL, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pág. 10.
- ROMANO, «Equipos conjuntos de investigación», en *¿Hacia una policía europea?* Publicaciones de la Fundación Policía Española, Madrid, 2002.
- ROXIN, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», En *Revista Penal*, nº 5, 2001.
- RUEDA MÉNDEZ, «La delincuencia organizada transnacional» en *Inmigración: desafíos y riesgos laborales*. Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, Junio-julio 2005 (versión consultada en <http://www.uned.es/investigacion/TUISI>.)
- RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982.
- RUIZ MIGUEL,
- *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
 - *Servicios de Inteligencia y Seguridad del Estado Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.
- RUIZ RUIZ, *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1991.
- RUIZ VADILLO, «Principio generales, legalidad, proporcionalidad, etc.», en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 23, 1993, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ,

- «El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)», en *Revista de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 7, 2005.
- «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado» En *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In memoriam. Volumen II*. (dir. ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE). Ed. de la Universidad de Castilla la Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada», en *Serte in Memoriam Alenxandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004.
- *Criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, 2005.

SÁNCHEZ SANTAMARÍA; VELA GARCÍA, «El delito de blanqueo de capitales. Responsabilidad y comiso», en *El delito de blanqueo de capitales*, Instituto Universitario de investigación sobre seguridad interior, Marzo 2005.

SÁNSÓ-RUBERT PASCUAL,

- «Seguridad vs. Libertad: el papel de los servicios de inteligencia» Publicado en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol* (Universidad de Valencia), nº. 48, verano 2004. (versión digital: <http://www.athenaintelligence.org>)
- «La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno», en *Seminario de Estudios de Defensa*, Universidad de Santiago de Compostela, UNISCI, 2006.
- «El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional», en *UNISCI*, Universidad de Santiago de Compostela, núm. 12, octubre 2006.

SANZ DELGADO, «El agente provocador en el delito de tráfico de drogas» en *La Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 12, 2004.

SANZ HERMIDA, «La lucha contra la delincuencia organizada: la Decisión Marco 2008/84/JAI, del Consejo, de 24 de octubre», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 17, 2009. <http://www.iustel.com>

SANZ MÁRQUEZ, «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronteriza» en *Delincuencia organizada: experiencias en la investigación, instrucción y enjuiciamiento con especial referencia al tráfico de estupefacientes*, 2004. (<http://www.cej.justicia.es>)

- SANZ MULAS, *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.
- SCHNEIDER, «Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada», En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1993.
- SEOANE SPIEGELBERG, «Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas». En *Actualidad Penal*, 1996.
- SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, B de F, Argentina, 2ª ed, 2006.
- SOTOMAYOR ACOSTA, «¿El derecho penal garantista en retirada?», *Revista penal*, nº 21, 2008.
- STORBECK, «La cooperación policial europea», en *¿Hacia una policía europea?*, Publicaciones de la Fundación Policía Española, Madrid, 2002.
- TIEDEMANN, «El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista» en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, GÓMEZ COLOMER Y GONZÁLEZ CUSSAX (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- TORRENTE, «Políticas de seguridad ciudadana: condicionantes y modelos recientes», en *Serta In Memoriam Alenxadri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, 2004.
- TORRES-DULCE LIFANTE, «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de honor, intimidad y propia imagen», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *derecho al Honor, la intimidad y la propia imagen II* editado por el CGPJ, 1998.
- TRAPERO BARREALES, «El error directo sobre la existencia, el alcance o los límites de la causa de justificación», en *El error en las causas de justificación*, en <http://www.tirantonline.com> (Tol 500514).
- ULRICH SIEBRE, «El futuro del derecho penal europeo. Una nueva concepción sobre los objetivos y modelos del Sistema Penal Europeo» ponencia presentada en *Jornadas sobre Derechos Humanos y armonización del derecho penal en el 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Madrid, 19-20 de enero de 2009.

- URIARTE VALIENTE, «Delincuencia organizada a través de Internet», *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 46, 2008.
- VELASCO, NÚÑEZ, «El confidente», en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1992.
- VERGÉS RAMÍREZ, *Derechos humanos: fundamentación*, Tecnos, Madrid, 1992.
- VIEITES PÉREZ, «Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial», Cuadernos de Derecho Judicial, *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, 1996.
- VIGNA, «Le linee di evoluzione Della criminalità organizzata», *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione Della criminalità organizzata e del terrorismo*, DOTT. A. GUIFFRÈ EDITORE, Milano, 2005.
- WARREN; BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995. Edición a cargo de BENIGNO PENDÁS Y PILAR BASELGA, consecuencia del artículo publicado en 1890, en la «Harvard Law Review» que llevaba por título «The right to privacy».
- WILLIAM NARDINI, «The prosecutor's toolbox. Investigating and prosecuting Organized Crime in the United States», en *Journal of International Criminal Justice*, Julio, 2006.
- ZARAGOZA AGUADO,
- «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada», en *Estudios jurídicos del Ministerio de Justicia*, curso sobre *Delitos contra la salud pública en materia de drogas*, 1999.
 - «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada», en ROBLES GARZÓN, *La protección de testigos y peritos en causas criminales*, Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis», en SANZ MULAS (Coord.) *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006.

La importante transformación que, a lo largo de los años, ha sufrido la criminalidad ha provocado que los tradicionales métodos de represión e investigación policial se muestren ineficaces. Por ello, los Estados, de forma individual y conjuntamente, han tenido que comprometerse a desarrollar medidas que, como la infiltración policial, supongan una eficaz lucha contra la peligrosa criminalidad organizada. Siguiendo los postulados del Estado de Derecho, la utilización de este medio extraordinario de investigación tiene que ajustarse a los parámetros de proporcionalidad y respeto con el sistema de garantías. Por ello, su adopción y desarrollo deben adaptarse a lo establecido en la ley. No obstante, la parquedad e imprecisión con que la ley española regula el tema, resulta un hándicap añadido a la actuación del policía infiltrado. De este modo, en esta obra, hemos intentado profundizar sobre los aspectos más relevantes para que la infiltración policial se configure como un verdadero mecanismo de lucha y que, en todo momento, se garantice la protección de la integridad del agente encubierto.



tirant
monografías
664

ISBN 978-84-9876-514-4



9 788498 765144